

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ**

**EVERTON DE NADAI SUTIL**

**RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELA FALHA NA PRESTAÇÃO DO  
SERVIÇO PÚBLICO DE SAÚDE**

**CURITIBA**

**2013**

**EVERTON DE NADAI SUTIL**

**RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELA FALHA NA PRESTAÇÃO DO  
SERVIÇO PÚBLICO DE SAÚDE**

Monografia apresentada como requisito parcial  
à obtenção do grau de bacharel do Curso de  
Direito, Setor de Ciências Jurídicas da  
Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Msc. Daniel Wunder  
Hachem.

**CURITIBA**

**2013**

*Aos meus pais,  
que sempre acreditaram no melhor de mim e tornaram tudo possível.*

Os homens perdem a saúde para juntar dinheiro, depois perdem o dinheiro para recuperar a saúde. E por pensarem ansiosamente no futuro esquecem do presente de forma que acabam por não viver nem no presente nem no futuro.

Dalai Lama

## RESUMO

O serviço público de saúde, em um país onde os níveis de pobreza atingem níveis altíssimos, é de fundamental importância para assegurar uma vivência digna aos cidadãos. Contudo, não são raras as falhas nas prestações, geralmente associadas à falta de investimento adequado ou à atuação de médicos sem o conhecimento adequado. Os danos provenientes destes eventos são, no mais das vezes, os mais terríveis possíveis, pois agredem a saúde, reduzindo a qualidade de vida daqueles que fazem uso destes serviços disponibilizados pelo Estado. Devem, por isso, receber muita atenção do direito, para que, na ocorrência de alguma irregularidade, sejam os cidadãos adequadamente ressarcidos. Por outro lado, por se tratar de área completamente imprevisível, que foge do controle da ciência, não é possível creditar todo dano à má prestação. Há perdas que decorrem da própria natureza. Por isso, o tratamento desenhado para a reparação destes prejuízos deve ser construído com muita cautela, para não se conduzir ao absurdo, atribuindo à Administração Pública responsabilidade por eventos que não teve qualquer participação ou, ao contrário, deixar a vítima completamente desprotegida.

**Palavras-chave:** serviço público, responsabilidade do Estado e erro médico.

## ABSTRACT

The public health service, in a country where poverty reach highest levels, is fundamental to ensure a decent living for citizens. However, there are lots of faults in this services, usually associated with lack of adequate investment and the activities of doctors without much knowledge. The damage from these events are, in most cases, the most terrible possible, because they affect the person`s health, reducing the quality of life of those who make use of these services provided by the State. Therefore, these events must receive much attention from the justice, so that in the event of any irregularity, citizens are adequately compensated. On the other hand, because it is a completely unpredictable area, fleeing the control of science, it is not possible to credit all damage to poor performance. Some of them are just the natural result of the situation. That`s why the treatment designed to repair these damages should be built with caution, not to lead to the absurd, assigning to government responsibility for events that it had no share or, instead, leaving the victim completely unprotected.

**Keywords:** public health service, state responsibility and medical error.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>1</b>
<b>1 SERVIÇOS PÚBLICOS E O SEU REGIME JURÍDICO NO DIREITO BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO .....</b>	<b>3</b>
1.1 TRANSFORMAÇÕES CONCEITUAIS DA NOÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO	3
1.2 ELEMENTOS FORMADORES DA NOÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO .....	12
1.3 O REGIME JURÍDICO DO SERVIÇO PÚBLICO NO SISTEMA NORMATIVO BRASILEIRO .....	15
<b>2 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 .....</b>	<b>19</b>
2.1 CONCEITO E CARACTERIZAÇÃO .....	19
2.2 RESPONSABILIDADE POR CONDUTA OMISSIVA .....	30
2.3 PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA E A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO .....	35
<b>3 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELA FALHA NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE .....</b>	<b>38</b>
3.1 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO INEFICIENTE .....	38
3.2 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ERRO MÉDICO .....	42
3.3 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO AGENTE PÚBLICO: RESPONSABILIZAÇÃO SOMENTE PELA AÇÃO DE REGRESSO? .....	50
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>54</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>57</b>

## INTRODUÇÃO

O ser humano não detém capacidade suficiente para contornar todos os males que agredem sua saúde. O corpo humano é objeto pouco previsível. O ser humano erra.

Cada um destes elementos está umbilicalmente associado aos insucessos dos procedimentos médicos desenvolvidos pelos profissionais da saúde.

Aponta-se, no âmbito da saúde pública brasileira, que, de todos os tratamentos realizados, cerca de 8,4% não apresentam sucesso - média que se encontra em nível semelhante ao levantamento internacional -, dos quais cerca de 70% seriam erros evitáveis<sup>1</sup> - média muito acima do restante dos países.

A questão chave sobre o tema, ponto de infundáveis debates nas academias, é: quando deve haver responsabilização daqueles que assumem o dever de prestar tais atividades?

Isto porque, parece haver, por parte da população, uma crença muito forte na medicina moderna, a ponto de se creditar qualquer resultado adverso à má prática pelo agente, sempre desconsiderando os riscos que são inerentes ao tratamento<sup>2</sup>.

Alguns problemas são de simples análise, por tratarem de erro crasso do médico responsável. Mas tais eventos, de menor complexidade jurídica, são tão raros que, via de regra, quando ocorrem, são logo publicizados pela mídia nacional.

É o que ocorreu, por exemplo, no Hospital das Clínicas do Paraná, quando um médico experiente, diante da urgência no quadro clínico do paciente, esqueceu uma gaze na parede do coração do sujeito, o que o levou ao óbito<sup>3</sup>. Evidente, então, que a lesão estava diretamente relacionada com a atuação deficiente do agente público e que a indenização era mesmo a medida a se impor.

---

<sup>1</sup> FOLHA DE S. PAULO. **Até 73% dos erros cometidos em hospitais no país são evitáveis.** Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2013/07/1317875-ate-73-dos-erros-cometidos-em-hospitais-no-pais-sao-evitaveis.shtml>>. Acesso em: 01 de outubro de 2013.

<sup>2</sup> FERRAZ, Edmundo Machado. Complicação ou Erro Médico?. **Revista do Colégio Brasileiro de Cirurgiões**. Rio de Janeiro, v. 33, n. 4, ago 2006, p. 205.

<sup>3</sup> GAZETA DO POVO. **UFPR é condenada por gaze esquecida dentro do coração de paciente.** Disponível em: <http://www.gazetadopovo.com.br/vidaecidadania/conteudo.phtml?id=881811&tit=UFPR-e-condenada-po-r-gaze-esquecida-dentro-do-coracao-de-paciente>>. Acesso em: 01 de outubro de 2013.



Entretanto, nem sempre é assim. Pode acontecer, na saúde pública, além dos recorrentes casos de erro médico, que o dano seja causado por uma prestação ineficiente dos serviços públicos, que não disponibilizou vagas suficientes para toda a população ou, por exemplo, não investiu na estrutura necessária para desempenhar suas obrigações da melhor forma possível. São, portanto, problemas estruturais do serviço público.

Ambiciona-se, neste contexto, desvendar os modos mais adequados para solucionar tais questões jurídicas, tanto nas situações vinculadas ao ato médico, quanto nas falhas associadas à prestação genérica dos serviços de saúde.

Para tanto, requer-se, primeiramente, a explicação sobre o que seriam os serviços públicos e qual seria o regime jurídico que disciplinaria seu funcionamento. A relevância desta apreciação se vincula à compreensão de quais seriam as obrigações estatais quando da realização destas prestações e quais seriam o limites para dela se exigir. Somente a partir deste pressuposto será legítimo sustentar em quais oportunidades deverá o poder público se responsabilizar pelo que resulte destas práticas.

E a responsabilização por tais atos, portanto, também deve ser medida, fixando quais os requisitos para que o particular possa ter seu dano reparado. No mais, apesar de o tratamento para este instituto ser todo constitucional, ainda suscita muitas dúvidas na doutrina brasileira quanto à forma ideal para aplicação. Indispensável, por isso, apontar as vertentes que despontam no cenário nacional e quais os argumentos que sustentam cada uma destas linhas de pensamento.

Através de tais apresentações, admite-se a exposição de explicações para os casos de responsabilidade civil do Estado na falha das prestações dos serviços públicos de saúde, organizando-a, então, em dois grupos: a prestação ineficiente e o erro médico.

Neste primeiro são apontadas as falhas genéricas da prestação, que não condizem com a atuação eficiente imposta pela Constituição Federal. No erro médico, que diz diretamente quanto à atuação do profissional médico ou de sua equipe, por sua vez, há maior dissenso entre a doutrina, sobretudo quanto aos requisitos essenciais para a sua configuração.

Por fim, merece atenção a questão sobre o direito de regresso do poder público em relação aos agentes estatais diretamente responsáveis pela criação do

dano. Estes, de acordo com o dispositivo constitucional, somente deverão responder quando agirem culposamente. Todavia, a dúvida recai sobre a oportunidade de a vítima postular diretamente contra o agressor ou, do contrário, se é necessário que a ação seja proposta apenas contra o poder público.

## **1. SERVIÇOS PÚBLICOS E O SEU REGIME JURÍDICO NO DIREITO BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO**

### **1.1. TRANSFORMAÇÕES CONCEITUAIS DA NOÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO**

Não se dispõe, mesmo diante de inúmeras discussões que se travam sobre a temática, de conceito de serviço público que agrade à integralidade dos juristas e tampouco algum que possa se admitir universal, aplicado a todas épocas, regiões e ordenamentos jurídicos. Viabiliza-se, por isso, apenas uma análise circunstancial, podendo, a partir de então, extrair-se elementos comuns, que, ainda assim, frise-se, jamais darão conta de explicar todo o fenômeno. O serviço público é, em termos técnicos, diante disso, uma noção que nada difere dos demais institutos jurídicos: guarda em si uma pluralidade de significantes possíveis e quase que nenhum consenso na doutrina. Especificá-lo, todavia, é tarefa de extrema relevância, pois apenas desta forma é que se iluminará o caminho para a resolução dos problemas que se apresentam concretamente, indicando quais normas e princípios deverão ser invocados. É somente a partir do momento em que se estabelecer com firmeza os contornos do instituto que se poderá aplicar o regime jurídico a ele referente<sup>4</sup>.

Trata-se mesmo de tarefa assaz complicada, que remete o jurista à leitura dos primeiros estudos mais aprofundados, até os textos mais recentes da doutrina contemporânea, para, a partir de um cotejo entre as diversas formulações que se propuseram, buscar uma explicação que facilite a compreensão do instituto. O serviço público apresentou, assim, ao longo de seu desenvolvimento, a

---

<sup>4</sup> DALLARI, Adilson Abreu. Conceito de Serviço Público. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, v. 15, 1996. p. 112.

necessidade de se adaptar à conjuntura política, social e econômica de cada época para, finalmente, alcançar a modulação que se manifesta hoje<sup>5</sup>.

As primeiras notícias de uma atividade estatal semelhante ao que hoje se determina de serviço público, como aquelas voltadas à realização de benefício à coletividade, pode ser vista já no período absolutista. Sobre aquele tempo, contudo, são escassas as evidências de tais fatos, pois elas se apresentavam de forma bastante distinta. É em razão disto que se tem atribuído ao Estado Liberal, do período pós-revolução francesa, a verdadeira gênese dos serviços públicos. Em que pese esse modelo ainda não prezar por grandes medidas intervencionistas - segue o ideal liberal, como o próprio nome sugere -, algumas situações, por não serem interessantes para a iniciativa privada, e em razão de se constituírem essenciais para a convivência em sociedade, demandavam a atuação do poder público<sup>6</sup>.

São operações em que não se vislumbrava a possibilidade de lucro, mas que, ainda assim, não poderiam ser simplesmente ignoradas.

Pode-se afirmar que tudo decorreu de uma contradição no modelo de pensamento revolucionário. Ao mesmo tempo em que se batalhava por um Estado pouco presente, repudiava-se a presença de grupos organizados - principalmente as associações de trabalho -, que, via de regra, eram organizações que se dedicavam ao cumprimento destas necessidades essenciais de baixo potencial econômico. A solução, então, foi a de concentrar tais funções sob a competência do aparelho estatal. E, assim, ao retirá-los do âmbito de prestação dos próprios indivíduos que compunham a sociedade, atraindo-os para a competência estatal, tornou-os serviços de natureza pública<sup>7</sup>.

Restritas que eram essas funções à área econômica, no entanto, não se pode reputá-las como relevantes para as questões sociais, como se fossem um plano para otimizar as condições de vivência. Eram, em verdade, apenas meios de propiciar melhor desenvolvimento da atividade industrial e comercial ou de preencher as lacunas geradas pela eliminação das corporações. A intervenção era

---

<sup>5</sup> GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Teoria do Serviço Público e a sua Regulação. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000. p.39.

<sup>6</sup> GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Op. cit.* p.39

<sup>7</sup> GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Op. cit.* p.40.

pontual e refletia tão somente as aspirações econômicas da burguesia que recém ascendera ao poder<sup>8</sup>.

Apesar disso, as primeiras tratativas mais relevantes para a ciência jurídica surgiram já nesse contexto, de inovação na atividade estatal. Foi nesta época em que se notabilizaram os estudos de Léon Duguit e Gaston Jèze. Ambos os autores apontaram no sentido de uma definição bastante abrangente do instituto, denominadas hoje por alguns autores de "concepção ampla"<sup>9</sup> e por outros de "concepção amplíssima"<sup>10</sup> de serviço público.

Duguit disseminou através de sua mais famosa obra a noção de que serviços públicos seriam todas as atividades prestadas pelo Estado na persecução de atividades de interesse geral. Não haveria diferenciação entre as espécies de atividade estatal, sendo todas indistintamente enquadradas apenas nesta mesma qualificação. Entendia o autor francês que o Direito era um fato social - adotando, neste sentido, portanto, as considerações de Durkheim - e o legislador era hábil suficiente para perceber quais as necessidades da sociedade que reclamavam atuação do Estado por meio dos serviços públicos. Eles poderiam, pois, ser notados objetivamente, não sendo mera vontade do legislador, mas apenas uma formalização de algo que já se evidenciava na vida da sociedade<sup>11</sup>.

Essa noção inaugura uma ideia de maleabilidade dos serviços públicos: não haveria um rol natural de atividades que demandariam atenção contínua da administração pública. Na verdade, eventuais mudanças percebidas no interior da sociedade, influenciadas por quaisquer fatores históricos, refletiriam diretamente na escolha dos serviços públicos a serem desenvolvidos, de forma a acrescentar novas necessidades ou retirar as já ultrapassadas. Em suma, portanto, destaca-se nos ensinamentos de Duguit o apontamento de um fim específico do serviço público, qual seja, o de satisfação das necessidades da coletividade. Os estudos deste autor, contudo, passaram a sofrer pesadas críticas com o passar do tempo. Ocorre que o

---

<sup>8</sup> SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Regime Jurídico do Serviço Público: Garantia Fundamental do Cidadão e Proibição do Retrocesso Social**. 2009. 214 p. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal do Paraná, Curitiba. p. 9-13.

<sup>9</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 98.

<sup>10</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. O Conceito de Serviços Públicos no Direito Constitucional Brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17. fev-mar-abr, 2009. Disponível em: <[www.direitodoestado.com/revista/REDAE-17-FEVEREIRO-2009-ALEXANDRE%20ARAGAO.pdf](http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-17-FEVEREIRO-2009-ALEXANDRE%20ARAGAO.pdf)>. Acesso em: 20 de setembro de 2013. p. 20-23.

<sup>11</sup> SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *Op. cit.* p. 15-19

conceito por ele difundido assumia feição extremamente ampla, abarcando todas as atividades realizadas pelo Estado, tornando-se inútil, vez que, confundindo-se com todas as demais espécies de atividade estatal, sequer haveria razões para tentar explicá-la<sup>12</sup>.

Jêze, ainda numa conceituação bastante ampla, porém um pouco mais restritiva em relação às teorizações de seu antecessor, sugeriu que seriam serviços públicos as atividades estatais em regime jurídico de direito público, escolhidas por meio de decisões políticas. Parece, assim, conforme ensina Alexandre dos Santos Aragão, que as principais inovações deste autor foram as menções a um regime de direito público que estruturaria os serviços e a indicação de uma metodologia para a determinação dos serviços públicos (decisão política pelos órgãos representativos)<sup>13</sup>. Observa-se, todavia, que excetuados estes elementos, a conceituação pouco se distancia das formulações primárias de Duguit, mantendo uma larga margem para a classificação desta atividade.

Num sentido amplo, portanto, poder-se-ia conceituar o serviço público como qualquer atividade desempenhada pela máquina pública, desde que esteja focada na realização do bem-estar da sociedade em geral. No entanto, é possível - e recomendável - que se provoque um distanciamento entre a noção do serviço público das demais ações desempenhadas pelo aparelho estatal, para que de fato seja possível aplicar o regime jurídico específico<sup>14</sup>.

Neste sentido se deu a evolução do conceito, cada vez mais restringindo-o.

A partir do século XX, as Constituições passaram a ser instrumentos para a realização de profundas alterações na sociedade, impondo, para isto, uma nova postura a ser adotada pelo poder público. Não bastava mais a garantia das liberdades dos indivíduos, com o afastamento do Estado de determinadas situações da vida privada, e tampouco as intervenções voltadas apenas ao domínio econômico. A partir desse momento, pensou-se numa mudança de atitude, o que, todavia, não implicaria no abandono de todas as conquistas já efetivadas. Na verdade, sustenta-se a existência de um convívio harmônico, com a manutenção

---

<sup>12</sup> SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *Op. cit.* p. 19

<sup>13</sup> ARAGÃO, Alexandre dos Santos. *Op. cit.* p. 20-21.

<sup>14</sup> DALLARI, Adílson Abreu. *Op. cit.* p. 112-113.

dos direitos de liberdade, diferindo-se o modelo social apenas pela admissão de atividades adicionais<sup>15</sup>.

Assim, somados aos direitos de liberdade, já várias vezes reafirmados, portanto, fez-se necessário o desenvolvimento de outros novos, vinculados à missão de proporcionar uma existência mais digna a todos os integrantes da sociedade<sup>16-17</sup>.

O modelo estatal, então, mormente após o período das grandes guerras mundiais, é o do Estado Social, momento no qual se verifica crescente intervencionismo, objetivando preservar a dignidade da pessoa humana e os demais princípios fundamentais formadores dessa nova concepção<sup>18</sup>.

A Constituição Federal de 1988, perseguindo esta tendência, designou um Estado brasileiro que é incontestavelmente intervencionista, interagindo duramente no meio social. Com uma característica eminentemente compromissória, ela estabelece objetivos e também os meios para que sejam cumpridos tais desideratos<sup>19</sup>. Abandona-se, em tese, o estado de inércia no qual se encontrava, para despontar como um agente capaz de modificar a estrutura social do país.

Os fins, expressamente expostos na norma fundamental, norteiam-se principalmente na dignidade da pessoa humana e na redução das desigualdades sociais e regionais, impondo a promoção dos direitos sociais<sup>20</sup>.

Justamente aqui é que se manifesta também o direito à saúde<sup>21</sup>, como um meio de impor essas modificações na estrutura, provendo as atenções básicas

<sup>15</sup> SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *Op. cit.* p. 23.

<sup>16</sup> PEREIRA, Cesar A. Guimarães. **Usuários de Serviço Público**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 270-271

<sup>17</sup> Sobre o tema, contudo, conforme ensina Saulo L. Pivetta, é relevante que sejam aclarados dois pontos. Primeiro, deve se afastar o pensamento de que o desenvolvimento de tais direitos ocorreu de modo lógico e linear, primeiro garantindo as liberdades e, após, quando estas se mostraram insuficientes, assegurou-se também os direitos sociais. Na verdade, esse processo de surgimento é composto por uma série de progressos e retrocessos, que, somente após algum tempo, se consolidou na forma como se encontra na atualidade. Segundo, é importante anotar que, em que pese seja até adequado didaticamente a distinção entre os direitos de liberdade e os sociais pelo modo como são promovidos pela Estado, esta observação, na prática, nem sempre é verdadeira. Assim, é possível que algumas situações, para a proteção dos direitos de liberdade, demandem atuação positiva do Estado, enquanto noutras, para a implementação dos direitos sociais, seja necessária a mera abstenção da Administração Pública. (PIVETTA, Saulo Lindorfer. **Direito Fundamental à Saúde: Regime jurídico-constitucional, políticas públicas e controle judicial**. 2013. 270 p. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Paraná, Curitiba. p. 22-31.

<sup>18</sup> SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *Op. cit.* p. 22-26

<sup>19</sup> ARAGÃO, Alexandre dos Santos. *Op. cit.* p. 10-11.

<sup>20</sup> ARAGÃO, Alexandre dos Santos. *Op. cit.* p. 11-12.

<sup>21</sup> Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e

principalmente àqueles que carecem dos meios necessários para consegui-los por conta própria.

Pelo seu viés prestacional, impõe ao Estado um imenso rol de atividades a serem efetivadas. Conforme demonstra Saulo Lindorfer Pivetta, inserem-se nestas obrigações tanto as atividades que objetivam coibir condutas com potencial para produzir danos à saúde dos cidadãos e as voltadas à criação de estrutura para atender às necessidade para a promoção do direito à saúde - denominadas de prestações em sentido amplo -, como também aquelas que se destinem "a garantir ao cidadão o acesso aos bens e serviços de saúde" - prestações em sentido estrito<sup>22</sup>.

A atuação estatal não se limita, portanto, a prestar o serviço de cura, mas a de desenvolver todo um ambiente saudável para a convivência dos indivíduos.

Muitas pessoas, entretanto, apesar da sensível relevância deste instituto, simplesmente questionam a inserção do direito à saúde, da mesma forma que fazem com os demais direitos da chamada "segunda geração", na seara constitucional, acreditando ser mais apropriado deixar o exame dessa questão para outros ramos do conhecimento, sobretudo para o âmbito das ciências médicas e políticas. Para eles, não seria adequado a Constituição estabelecer estes programas, pois, pelo contrário, deveria ser proporcionada abertura para que os agentes políticos pudessem decidir de acordo com a situação concreta<sup>23</sup>.

É possível creditar todo o questionamento no fato de que os direitos sociais, de modo muito mais acentuado que os demais, demandam grande aporte financeiro e humano para que sejam materialmente cumpridos. Parece, entretanto, que essa discussão é plenamente vazia, considerando que foi a própria Constituição que consagrou a saúde como um direito fundamental da pessoa humana<sup>24</sup>.

---

igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília. DF: Senado, 1988.)

<sup>22</sup> PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Op. cit.* p. 36-37.

<sup>23</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas Considerações em Torno do Conteúdo, Eficácia e Efetividade do Direito à Saúde na Constituição de 1988. **Revista Interesse Público**, n.12, Out./dez. 2001, p. 92

<sup>24</sup> Essa condição constitucional específica do direito à saúde, de direito fundamental, aliás, conforme ensina Ingo Sarlet, designa-lhe uma dupla fundamentalidade, formal e material. A implicação formal encontra-se vinculada ao próprio direito constitucional positivo, caracterizando-se através de três frentes: (i) por integrar a Constituição, impõe como norma hierarquicamente superior à legislação infraconstitucional; (ii) também em razão disto, obstaculiza sua modificação, sobretudo por se tratar de cláusula pétrea; (iii) tem aplicação direta e imediata. Quanto à manifestação no sentido material, diz respeito à essencialidade do bem jurídico protegido pela norma que, no caso da saúde, importa na proteção da vida humana. (SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.* p. 92-93).

Fato é, assim, que, diante das previsões constitucionais, a implementação destas modificações passaram a compor a extensa lista de obrigações estatais, pouco importando as críticas advindas desta pequena parcela da população.

A concretização desta justiça social, como um imperativo constitucional, todavia, não depende apenas da atividade intelectual dos juristas. Na verdade, para que sejam solidificadas, reclamam, conforme outrora já se consignou, de prestação ativa pela máquina pública, ou seja, de decisões políticas e medidas que as implementem de maneira ideal<sup>25</sup>.

E, sendo através do serviço público que se garante essa convivência digna da população, é ele que deve ser concretizado por aqueles que integram a Administração. É este, portanto, o meio eficaz encontrado pelo constituinte para que se realizem as razões de ser do Estado brasileiro.

Altera-se, com isto, em grande medida, também, os fins designados para a prestação destes serviços: se antes o escopo era o de implantar melhor infraestrutura para a liberdade econômica ou desenvolver as atividades (necessárias para a sobrevivência) de pequeno potencial lucrativo, esse novo modelo impõe à atividade estatal a tarefa de proporcionar da melhor forma possível o desenvolvimento social<sup>26</sup>.

O serviço público se torna, como oferecimento de alguma utilidade material, uma medida do poder estatal para satisfazer as necessidades gerais das quais julga não ser adequado relegar apenas à iniciativa privada. Em razão da sua relevância, decide ele assumir o exercício, mesmo que sem exclusividade, realizando-o por um regime típico de Direito Público<sup>27</sup>.

---

<sup>25</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 762-763.

<sup>26</sup> Os próprios direitos sociais, reconhecidos usualmente como direitos de prestação, na verdade, apresentam-se nas duas facetas. A saúde, neste sentido, por exemplo, encontra-se protegida de qualquer agressão vinda de terceiros e, ainda, também na dimensão defensiva, encontra-se a proibição ao retrocesso que, embora não retire toda a liberdade do legislador para tratar do assunto, reduz as possibilidades dele diminuir a proteção estruturada por ele próprio anteriormente, por meio de legislação infraconstitucional. O que se impede é a revogação de normas que concretizem o direito à saúde, substituindo-as por regras menos benéficas. Na dimensão positiva, por sua vez, encontram-se efetivamente as prestação, tanto para prevenir quanto para tratar dos problemas de saúde. (SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.* p. 97-98).

<sup>27</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012 p. 686.



É assim, finalmente, depois de atravessados todos estes pressupostos, que é possível expor um conceito que apresente, do modo mais aproximado possível, sintonia com o ordenamento jurídico brasileiro.

Celso Antônio Bandeira de Mello, para este fim, dissemina o seguinte entendimento:

Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de direito público - portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais -, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo<sup>28</sup>.

É, muito provavelmente, dentre as diversas tentativas da doutrina administrativista brasileira, a que detém maior aceitação. Trata-se de delimitação restritíssima - ou simplesmente restrita, como preferem alguns autores<sup>29</sup> - do termo, diferenciando-o de todas as demais atividades estatais<sup>30</sup>, excluindo, inclusive, aquilo que seria chamado de "serviços públicos em sentido amplo"<sup>31</sup>.

Há, contudo, quem se manifeste com um posicionamento um pouco mais abrangente<sup>32</sup> ou, ainda, quem prefira uma qualificação com elementos levemente modificados, levando em consideração as supostas "crises" que a noção de serviço público teria enfrentado nos últimos anos, que acabaram mesmo por afetar a própria maneira de entendê-lo<sup>33</sup>.

<sup>28</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. cit.* p. 687.

<sup>29</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia. *Op. cit.* p. 99.

<sup>30</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia. *Op. cit.* p. 100.

<sup>31</sup> PEREIRA, Cesar A. Guimarães. *Op. cit.* p. 3.

<sup>32</sup> Hely Lopes Meirelles, logo após consignar a dificuldade de se sugerir um conceito para serviço público, pois há que se considerar sua variação conforme o tempo e espaço, determina que a única saída possível é ampliar a noção, apresentando para isso apenas três requisitos para a sua caracterização: (i) atividade prestada pelo Estado ou por meio de seus delegados; (ii) vinculação a normas e controles estatal, e; (iii) com o fim de satisfazer as necessidades da sociedade ou conveniências do Estado. (MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 285).

<sup>33</sup> Segundo Maria Sylvia Di Pietro, houve alguns fatos que impedem a utilização da noção corriqueira: Primeiro, ocorreu a ampliação da atividade estatal definida como serviço público, pois passaram a integrar esta noção as atividades comerciais e industriais, antes exclusivas da iniciativa privada. Não bastasse essa alteração, o Estado se viu inapto a realizar todos os programas que havia reservado para si, o que resultou na necessidade de delegar parte dessas atividades para a iniciativa privada, cuja execução seria regada por um regime predominantemente privado. A autora assim, absorve todas as críticas ao conceito, mantendo os conceitos, porém com alguns elastecimentos, para elaborar o seguinte: "serviço público como toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às

Extraí-se do exame desta problemática, contudo, que situação de grande controvérsia é a distinção entre os serviços públicos propriamente ditos e aqueles entendidos em "sentido amplo".

Celso Bandeira de Mello, assim, põe em dúvida a inserção de ambas as atividades no âmbito do serviço Público, através dos conceitos de serviços "*uti singuli*" e "*uti universi*"<sup>34</sup>. Para ele, consoante exposto, somente seria serviço público a prestação que, embora destinada a satisfazer um interesse da população em geral, seja "singularmente fruível" pelos indivíduos. Por esta razão, não obstante sejam os serviços programados para, indiscriminadamente, atender aos anseios da comunidade em geral - sem o que, ao que parece, sequer poderia ser denominado de "público" -, deve existir a possibilidade de ser utilizado separadamente. Em suma: a oferta deve ser ampla, porém o aproveitamento deve ocorrer de modo individualizado<sup>35</sup>.

É a própria Constituição que abriria espaço para que fosse instaurado todo o debate, pois ela mesma diverge ao tratar do termo serviço público, ora inserindo as prestações "*uti universi*", ora excluindo-as.

A diferença essencial seria a de que, no caso das prestações diretamente aproveitáveis, "há uma relação jurídica direta, que vincula o prestador ao usuário", enquanto nas demais existem apenas "usuários difusos", ou seja, os beneficiários são todos os componentes da sociedade. Argumenta-se, por isso, que estes últimos serviços, em geral, muito mais se assemelham às obras públicas, pois tem implicações positivas sobre a sociedade como um todo<sup>36</sup>.

Por esta razão, portanto, é que se pode afirmar que nos "*uti singuli*" a satisfação de cada usuário é o que realiza o fim público do serviço, ou seja, imediatamente, o que se busca com o serviço é o interesse individual, a satisfação das necessidades básicas sob um olhar do ser que compõe a sociedade. Não se pode olvidar, entretanto, que ele também tem em vista "o interesse público subjacente ao serviço", ao menos mediatamente, pois, justamente por realizar as

---

necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público". (DI PIETRO, Maria Sylvia. *Op. cit.* p.99-102)

<sup>34</sup> A distinção entre serviços "*uti singuli*" e "*uti universi*" compõe uma das várias classificações apresentadas por Helly Lopes Meirelles, que, todavia, situa ambas as possibilidades como formas de serviço público. (MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.* p. 288)

<sup>35</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Serviço Público: Conceito e Características**. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/6/2544/5.pdf>>. Acesso em: 20 de setembro de 2013. p. 47

<sup>36</sup> PEREIRA, Cesar A. Guimarães. *Op. cit.* p. 2-6.

necessidades individuais, satisfaz também os da coletividade - ou seja, é de interesse da sociedade o bem-estar individual de cada um de seus membros. É por essa razão que se afirma que o serviço público - em sentido estrito - atenderia aos interesses individuais e transindividuais<sup>37</sup>.

Os "*uti universi*", por outro lado, se bastariam nesse viés transindividual, não proporcionando uma satisfação imediata ao usuário, razão pela qual não poderiam figurar dentre o que se chamam de serviço público.<sup>38</sup>

Excetuado esse ponto e, ademais, considerando algumas pequenas variações quanto à amplitude que se pretende expor, parece, enfim, existir alguma convergência entre os pensamentos dos juristas.

É crível, assim, que a identificação da noção básica de serviço público na sociedade brasileira - através das diversas premissas analisadas -, para que, então, seja possível se falar em um do regime jurídico especial dos serviços públicos, que regeria a atuação do poder público brasileiro, devendo-se, para isso, dirigir as atenções à preservação e construção da dignidade dos cidadãos.

## 1.2. ELEMENTOS FORMADORES DA NOÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO.

Em geral, a doutrina costuma apontar três elementos essenciais formadores da conceituação de serviço público: subjetivo, formal e material<sup>39</sup>.

Por aspecto subjetivo compreende-se a titularidade do Estado no oferecimento das comodidades. Tratando-se de instrumentos para a concretização dos direitos fundamentais, entretanto, não deve ser observado como a simples titularidade, mas efetivamente a obrigação de disponibilizá-lo<sup>40</sup>.

Trata-se, por esta razão, de algo que está a cargo do Estado, com ou sem reserva da titularidade ou exercício. Ou seja, há o dever estatal de que a atividade seja efetivamente realizada, porém não necessariamente pelos seus próprios meios,

---

<sup>37</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 488.

<sup>38</sup> PEREIRA, Cesar A. Guimarães. *Op. cit.* p. 50-52

<sup>39</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Op. cit.* p. 100.

<sup>40</sup> PEREIRA, Cesar A. Guimarães. *Op. cit.* p. 8.

com o afastamento da iniciativa privada. O relevante é a obrigatoriedade de se prestar o serviço, podendo ou não o particular concorrer para tanto.

Os serviços públicos, em verdade, podem ser lidos como atividades econômicas, atraídas à competência do poder público por decisão política, para que se tome como certo o cumprimento dos direitos fundamentais. São atividades econômicas que, em razão da grande relevância que representam para a sociedade, são prestadas pelo Estado<sup>41</sup>. Estas opções, contudo, não retiram, na maioria das hipóteses, a oportunidade de os particulares continuarem a desenvolver a atividade - que em algumas oportunidade ocorrerá mediante delegação e, noutras, por concorrência direta com o poder público. Na verdade, por inexistirem condições suficientes para que toda a prestação possa ser manejada pelo poder público é que se emprestou aos particulares a chance de participarem de modo suplementar<sup>42</sup>.

Ressalte-se, por fim, no que atine à liberação para a iniciativa privada em exercer quase que sem restrições algumas das atividades definidas pela Constituição como serviços públicos - caso, por exemplo, da saúde -, que tais atividades, quando empreendidas fora do contexto público, não afetam a caracterização do elemento subjetivo<sup>43</sup>.

Na verdade, são extensões, aos particulares, destas atividades essenciais que são impostas ao Estado como obrigatórias. Elas, mesmo demonstrando notável interesse público, atraem apenas o controle por parte do poder estatal, que o faz normalmente através da atividade de polícia administrativa<sup>44</sup>. Todavia, não obstante toda essa construção peculiar, justamente por não se tratar de prestação desenvolvida pela administração pública, não parece adequado situá-la no âmbito dos serviços públicos<sup>45</sup>. São, contudo, de acordo com a sistemática da Constituição Federal, considerados como serviços de relevância pública<sup>46</sup>. É a ausência do ente

---

<sup>41</sup> SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *Op. cit.* p. 56-57.

<sup>42</sup> NOVAIS, Elaine Cardoso de Mattos. Serviço Público: Conceito de Delimitação na Ordem Constitucional. In: **Estudos de Direito Administrativo em Homenagem ao Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello**. São Paulo: Max Limonad, 1996. p. 126.

<sup>43</sup> Deste ponto, conforme já dito, decorre parte do que se denominou de "crise da noção de serviço Público." (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.* p. 100-101)

<sup>44</sup> GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Op. cit.* p. 47

<sup>45</sup> Esta é a posição apresentada por Adriana da Costa Ricardo Schier. Segundo a autora, a doutrina estrangeira costuma denominar tais prestações realizadas pelos particulares de "serviço público virtual", exatamente pela semelhança que demonstram com esta espécie de atividade estatal. (SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *Op. cit.* p. 33)

<sup>46</sup> GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Op. cit.* p. 47.

público na atividade - o elemento subjetivo - que obstrui a classificação destas como serviço público.

É no segundo elemento, o material, entretanto, que geralmente são centradas as atenções quando se pretende expor ideias sobre a prestação de serviços públicos.

Consoante já exposto, desde Duguit, com as formulações iniciais sobre o tema, procurou-se delinear os contornos desta atividade estatal de acordo com os fins pretendidos por ela: o atendimento das necessidades públicas. E, se o conceito inicial proposto pelo intelectual francês já foi há muito tempo superado, não o foi porém em sua completude, deixando ele muitos rastros nas formulações esboçadas pela doutrina administrativista atual.

Não se pode olvidar, contudo, que a amplitude gizada inicialmente para o elemento material já não pode mais ser admitida razoável para tratar dos estudos acerca dos serviços públicos, pois, conforme já delineado, tal conceituação abarcaria quase que todas as espécies de atividade estatal. Não por outra razão é que, Elaine Cardoso de Matos Novais, ao discorrer sobre o aspecto material, prefere desenhá-lo como "a atividade que proporciona uma comodidade ou uma utilidade diretamente fruível pelos cidadãos, um benefício direto que pode, desde logo, ser utilizado, satisfazendo uma conveniência essencial para a coletividade"<sup>47</sup>. Adentrando nesta nova perspectiva, a autora supre o excesso de abertura proporcionado por este aspecto, tornando-o mais útil para a definição da atividade estatal<sup>48</sup>.

De qualquer maneira, grande parte dos autores prefere tratar o tema dos serviços públicos pelo viés da essencialidade de tal elemento, mesmo sem realizar as devidas observações apontadas por Elaine Cardoso de Mattos Novais. Não propugnam, por óbvio, o retorno às teorizações iniciais de Duguit, mas apenas enaltecem a relevância de tal aspecto para melhor definir o instituto.

É através deste olhar que Juarez Freitas formula seu posicionamento acerca desta atividade prestacional do Estado. Para o autor, "tudo que desbordar da essencialidade não deveria ser reputado, em boa doutrina e a rigor, como serviço

---

<sup>47</sup> NOVAIS, Elaine Cardoso de Matos. *Op. cit.* p. 127.

<sup>48</sup> O significado atribuído pela autora à expressão decorre em grande medida do pensamento de Celso Antônio Bandeira de Mello, que constrói um termo mais limitado justamente para que sejam distinguidas as prestações de serviço público das obras públicas, poder de polícia e atividade econômica. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. p. 698-701.)

público, ainda que o seja nominalmente, nos dias que correm, por força normativa"<sup>49</sup>.

Destaca-se o elemento material como característica precípua da noção de serviço público, sem a existência do qual, em tese, não se deveria verificar a ocorrência deste tipo de prestação. Não se reputa como irrelevante nesta análise, contudo, todos os demais aspectos sugeridos pela doutrina, pois estes atuam de modo acessório, sendo através deles que serão efetivamente implementados os programas esboçados<sup>50</sup>.

A constatação é especialmente sentida em relação ao aspecto formal, materializado no regime jurídico dos serviços públicos. Por se tratar de atuação essencial para a implementação de condições ideais de sobrevivência para a população, estas prestações demandam uma regulação diferenciada, para que os objetivos sejam de fato cumpridos do modo que se espera. Sem a devida estruturação, todos os esforços poderiam se tornar inócuos.

Impende salientar, contudo, que, em que pese a notável importância que se pode atribuir a ele, quase não há consenso na doutrina sobre a sua conformação ou mesmo sobre a sua efetiva existência.

### **1.3. O REGIME JURÍDICO DO SERVIÇO PÚBLICO NO SISTEMA NORMATIVO BRASILEIRO**

Para Alexandre Santos de Aragão, a doutrina comumente relaciona os serviços públicos ao regime de direito especial sem, contudo, efetuar uma explicação exata sobre o que seria esta figura jurídica. O ápice de tais construções argumentativas seria a indicação de princípios aplicáveis que, no mais das vezes, não se diferem muito dos seguidos pela atividade privada, por se tratarem de regras que propiciam a prestação de uma atividade minimamente aceitável. Em outras oportunidades, também sem sucesso, apontam um conjunto de regras e princípios cuja aplicação no direito público diz quanto a todas as atividades estatais, não somente ao serviço público. Na verdade, explica o autor, quando se alude a tal

---

<sup>49</sup> FREITAS, Juarez. **Estudos de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 32-33.

<sup>50</sup> Para definir serviço público, o autor faz referência também ao aspecto formal e ao subjetivo. (FREITAS, Juarez. *Op. cit.* p. 31.)

regime especial, o que se pretende mencionar, em muitos casos, é o próprio regime jurídico administrativo que rege qualquer atividade desempenhada pela Administração Pública<sup>51-52</sup>.

Celso Antônio, aliás, quase que admite isso, ao apresentar toda sua estruturação e concluir que, na verdade, todos os princípios eleitos para dirigir a atuação estatal também deveriam ser empregados para a regulamentação dos serviços públicos em geral, sendo por ele elencados apenas alguns exemplos que parecem ser sentidos em maior intensidade<sup>53</sup>.

Assim, para Aragão, o único ponto quanto ao regime jurídico realmente relevante seria a vedação constitucional de o particular também prestar a atividade, salvo com expressa autorização do poder público, sob o regime de autorização, delegação ou concessão, ressalvados, é claro, os serviços públicos sociais, que, segundo expressa previsão constitucional, podem ser normalmente exercidos pelos particulares<sup>54</sup>.

É inegável, porém, que a Constituição Federal mantém a imiscibilidade dos regimes jurídicos - sobretudo em relação ao de direito privado -, quando se refere, em seu artigo 175<sup>55</sup>, à expressão "serviço público adequado", a qual é minuciosamente tratada na Lei 8.987/95<sup>56</sup>. De fato, há a determinação de específico tratamento para os serviços públicos, subordinando-o às regras jurídicas que

---

<sup>51</sup> ARAGÃO, Alexandre dos Santos. *Op. cit.* p. 21-22.

<sup>52</sup> Carlos Ari Sunfeld também rechaça a ideia de um regime jurídico público específico, sendo plausível, inclusive, a adoção, nos casos de delegação aos particulares, do próprio regime jurídico privado. Aduz o autor que não se vislumbra qualquer indício na Constituição sobre a existência dessa tratativa especial, o que o faz crer que, em verdade, a defesa de tal posicionamento se encontra muito mais vinculados a uma ideologia política do que a um entendimento jurídico. (SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às Agências Reguladoras. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 33-34)

<sup>53</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. p. 695.

<sup>54</sup> ARAGÃO, Alexandre dos Santos. *Op. cit.* p. 23.

<sup>55</sup> Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

(...)

IV - a obrigação de manter serviço adequado.

<sup>56</sup> Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

§ 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas. (BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília. DF: Senado, 1988.)

objetivam melhorar a qualidade das atividades, razão pela qual não seria admissível afastar de uma eventual conceituação o elemento formal<sup>57</sup>.

Aponta-se, assim, na legislação e em parte da doutrina, como os princípios formadores da noção de serviço público e, portanto, integradores do regime jurídico especial do serviço público, a generalidade, modicidade, continuidade, regularidade, eficiência, segurança, atualidade, cortesia e responsabilidade. Essa é a conformação adotada na generalidade das teses sobre o tema, não obstante a existência de pequenas divergências, que, de regra, restringem-se ao campo nominativo<sup>58</sup>.

A generalidade, como primeiro norte a ser adotado pela Administração na implementação dos serviços, indica que eles devem ser oferecidos indistintamente à integralidade dos cidadãos. Se por um lado, conforme lição de Celso Antônio de Mello, somente se ajustam à noção de serviço público as atividades fruíveis singularmente pelos usuários, devem elas, ainda assim, estar à disposição de qualquer pessoa que necessitá-las.<sup>59</sup>

Outrossim, para que esta disponibilidade seja materialmente possível, no entanto, impõe-se que não se cobre valor demasiadamente alto pela prestação, pois isto implicaria na impossibilidade das camadas mais humildes da população usufruírem destas comodidades ou utilidades. Ou seja, seria estabelecido um óbice financeiro para desfrutar os serviços disponibilizados. É aqui que se fala na modicidade da tarifa, como uma medida de se alcançar efetivamente a generalidade<sup>60</sup>.

O serviço, ademais, por se tratar de dever do Estado, deve ser oferecido continuamente, sem interrupção. Do contrário, poderá o cidadão requerer pela via judicial o funcionamento do serviço<sup>61</sup>. Complementarmente em relação à continuidade - ou mesmo como um plus -, aponta-se o princípio da regularidade.

<sup>57</sup> SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *Op. cit.* p. 42-43.

<sup>58</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello cita dez princípios norteadores da prestação do serviço público: dever inescusável do Estado de promover-lhe a prestação; princípio da supremacia do interesse público; princípio da adaptabilidade; princípio da universalidade; princípio da impessoalidade; princípio da continuidade; princípio da transparência; princípio da motivação; princípio da modicidade e princípio do controle (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. cit.* p. 694-695). Para Hely Lopes Meirelles, por sua vez, podem ser descritos cinco princípios básicos na prestação dos serviços públicos: permanência, generalidade, eficiência, cortesia e modicidade. (MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.* p. 289.)

<sup>59</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.* p. 289.

<sup>60</sup> SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *Op. cit.* p. 47

<sup>61</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. cit.* p. 694



Muito embora essa figura se aproxime muito da noção de continuidade, ambas não se confundem. Há, como decorrência daquela, a obrigação de que a prestação, além de ininterrupta, seja sempre prestada de acordo com o regramento, ou seja, observe a adequação com constância<sup>62</sup>.

Pelo princípio da atualidade, por sua vez, impõe-se o dever de se acompanhar as evoluções técnicas disponibilizadas para a prestação do serviço público. O Estado, para o oferecimento de um serviço público adequado, deve conter os instrumentos mais recentes que se encontram à disposição, porém apenas na medida das possibilidades financeiras<sup>63</sup>.

A segurança, por sua vez, conforme apontado pela doutrina, determina ao Estado a adoção das medidas mais efetivas para que se reduzam os riscos de danos aos usuários. A eficiência, a qual já integra o artigo 37, caput, da Constituição, como um dos princípios da administração pública, é apontada por alguns como a junção entre a segurança e a atualidade. Implica, para o poder público, o compromisso de obter, a partir dos recursos empregados, a melhor prestação disponível<sup>64</sup>.

Por fim, a cortesia determina uma conduta razoável dos agentes prestadores do serviço perante os usuários<sup>65</sup>.

Pela responsabilidade impõe-se que, caso ofendido algum dos princípios formadores do regime jurídico do serviço - ou simplesmente diante da omissão estatal em provê-lo -, restará ao usuário a possibilidade de ingressar com uma demanda judicial, seja para postular o cumprimento da prestação nos moldes legais<sup>66</sup>, seja para requerer indenização pelos danos já causados em razão da não observação pelo poder público<sup>67</sup>.

---

<sup>62</sup> GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Op. cit.* p. 53.

<sup>63</sup> SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *Op.cit.* Pág.48-49.

<sup>64</sup> GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Op. cit.* p.60.

<sup>65</sup> SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *Op. cit.* p.49.

<sup>66</sup> Fernando Borges Mânica, ao discorrer especificamente sobre a reivindicação judicial da prestação dos serviços públicos de saúde, aponta crítica muito coerente. Segundo o autor, o setor da saúde demanda duas atuações estatais para que seja efetivada, uma de caráter mais geral e outra mais específica, conforme já explicado anteriormente. Assim, toda a estrutura própria necessária para a implementação desse direito social teria um viés mais genérico, pois seria utilizável para todo e qualquer usuário que requeresse o auxílio médico estatal. Os custos para a manutenção de todo esse aparato em relação a cada cidadão, em tese, seria o mesmo. Já quanto à característica específica, relativa aos tratamentos empregados, estes variariam de acordo com a situação de cada indivíduo (a depender da complexidade e quantidade de procedimentos, por exemplo), ou seja, os gastos com relação a cada usuário seria individualizado. E disto se verifica que, talvez justamente pela maior dificuldade de acesso aos meios judiciários pelos cidadãos com menor condição financeira, os

Não há, ainda, como consequência do princípio da responsabilidade qualquer relevância da natureza jurídica da pessoa prestadora do serviço: seja ela pública ou privada, deverá responder pelos danos de forma objetiva, conforme preconiza a Constituição Federal de 1988, assunto que será abordado nos próximos capítulos do presente estudo<sup>68</sup>.

## 2. A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

### 2.1. CONCEITO E CARACTERIZAÇÃO

Caracterizado um evento danoso, a principal questão para o direito se assenta na estipulação da pessoa que deverá compô-lo. O prejuízo, compreendido como qualquer lesão ao patrimônio material ou moral, nestes casos, sempre haverá e, portanto, ao ordenamento jurídico caberá apenas prever qual o sujeito que irá assumi-lo.

Nem sempre a regra consistirá na ideia de que é a transgressão de um dever jurídico que impõe a responsabilização pelos prejuízos decorrentes e, assim, que somente surgiria a obrigação (para terceiros, não titulares do direito) de reparar os danos quando a conduta praticada contrariasse algum dever de agir ou de abstenção imposto pelo direito. Em determinadas hipóteses, o sistema jurídico dispensaria a ilicitude para que se classifique o fato como indenizável, requerendo apenas que se constate ofensa a um bem juridicamente protegido. Eis, então, o que se denomina de sistema de responsabilização objetivo<sup>69</sup>.

Por vários anos, contudo, o ordenamento preferiu proteger os sujeitos causadores do dano, pela adoção da teoria subjetiva, sob o argumento de que não

---

tratamentos de menor complexidade, muito mais utilizado estas pessoas, "a estrutura para sua efetivação acaba por não ser criada". Na prática, portanto, o judiciário se materializa num instrumento muito pouco útil para a efetivação da prestação adequada, ao menos quanto à população de baixa renda (MÂNICA, Fernando Borges. Saúde: um direito fundamental social individual. **Revista Brasileira de Direito da Saúde**. v. 1, jul./dez. 2011, p. 30-31).

<sup>67</sup> Ressalte-se, contudo, consoante demonstrado, que o regime proposto por Hely Lopes Meirelles não coincide exatamente com o apresentado, muito embora apresente inúmeras interseções (MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.* p. 289-291).

<sup>68</sup> GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Op. cit.* p. 61.

<sup>69</sup> FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. 9ª Ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 9-10

seria justo imputar responsabilidade a alguém que não agiu de forma contrária à lei. Observa-se, no entanto, que a tendência evolutiva do direito positivo brasileiro sugere cada vez mais a opção pela teoria objetiva - ainda que de forma muito tímida -, abandonando o já arraigado elemento culpa, de difícil constatação, e que no mais das vezes importa na irresponsabilidade do agente causador do dano e na vulnerabilidade da vítima.

O direito administrativo, por seus próprios fundamentos, acolheu esse indicativo já há alguns anos<sup>70</sup>, obrigando o Estado a indenizar todos os danos originados de sua atuação ou omissão.

É neste sentido que, o constituinte, ao arquitetar a Constituição Federal de 1988, manteve o Estado na seara da responsabilização objetiva, nos termos do seu artigo 37, § 6º, que consagrou, mais uma vez, a teoria do risco administrativo:

As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

A recepção da teoria é justificada pela doutrina, que a aponta como uma questão intrínseca à própria estrutura atual de Estado. Ele é o único modelo capaz de tratar as peculiaridades inerentes ao funcionamento da máquina pública sem onerar em excesso - e de forma injusta - os particulares. Isto porque, compreende-se que a responsabilidade estatal acompanhou o desenvolvimento do regime jurídico administrativo, constituído pelas prerrogativas e sujeições, o que implicaria diretamente na forma como a administração pública poderá agir<sup>71</sup>.

Em virtude desta complexa estruturação, o Estado goza de notáveis privilégios no relacionamento com os particulares, razão pela qual se fala na existência de uma relação verticalizada. São as prerrogativas, que se alicerçam no princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, objetivando a realização bem comum. Como contrapeso, as sujeições impõem certos limites à atuação estatal e se fundamentam principalmente nos princípios formadores da

---

<sup>70</sup> A Constituição Federal de 1946 foi a primeira a prever a responsabilidade estatal na modalidade objetiva. (CAHALI, YUSSEF SAID. **Responsabilidade Civil do Estado**. 4ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 28-29.)

<sup>71</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo e o Novo Código Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 199

administração pública. Quando equilibrados, concilia-se a necessidade de satisfação dos interesses coletivos com a proteção dos individuais<sup>72</sup>.

Não há dúvidas, contudo, que face ao conjunto de prerrogativas posto à disposição do Estado, mesmo quando se almeje exclusivamente o interesse público, é inevitável a ocorrência de alguma lesão aos direitos dos administrados. Aliás, deve-se consignar que, com a superação do modelo de Estado liberal, que ocasionou, por consequência, maior intervencionismo estatal no âmbito privado, os riscos de se provocar lesões ao patrimônio jurídico dos indivíduos tornaram-se ainda mais acentuados<sup>73</sup>.

Por tudo isto que, de acordo com a norma constitucional, é dever do ente estatal, desde que verificado prejuízo, o ressarcimento adequado para retirar o administrado da situação onerosa na qual foi colocado, independentemente da existência ou não de culpa.

A responsabilidade estatal na formatação ora apresentada, ao que parece, entretanto, sequer é dependente dessa expressa previsão, pois, em verdade, é fruto lógico do Estado de Direito. Ao se instituir que todas as pessoas (públicas ou privadas) encontram-se sob o manto do direito, não há como se admitir que qualquer delas deixasse de responder por comportamentos violadores de interesses juridicamente protegidos<sup>74</sup>.

Seria nocivo para a ordem social que alguns poucos administrados fossem aleatoriamente escolhidos para arcar com os ônus do desenvolvimento da nação, enquanto os demais simplesmente aproveitariam as benesses colhidas através destas situações.

E, por este raciocínio, pesa também a favor para a adoção da teoria do risco como base da responsabilidade civil do Estado, o princípio da isonomia, para que haja uma distribuição razoável das perdas necessárias em razão de uma adequada atuação da administração pública. Se, assim, a administração pública, para prover o desenvolvimento da nação, impõe certos prejuízos à parcela definível (não genérica, portanto) da população, devem eles ser distribuídos de maneira equânime entre

---

<sup>72</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Op. cit.* p. 199-201.

<sup>73</sup> É desta noção, segundo Cavalieri Filho, que se pode retirar a definição da "teoria do risco". Conforme menciona o jurista, a noção de risco, muito provavelmente importada da teoria civilista, impõe que o Estado repare os danos causados em razão de sua atividade, pois dela decorre um risco natural. (CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Op. cit.* p. 242-243.)

<sup>74</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. p. 1015-1016

todos, vez que os melhoramentos serão também usufruídos pela integralidade dos cidadãos<sup>75</sup>.

No mais, para serem somado à igualdade, a doutrina aponta ainda os princípios da legalidade e da moralidade pública como fundamentos da responsabilização estatal objetiva<sup>76</sup>.

É diante desta imagem que se afirma a teoria do risco<sup>77</sup>, fundamento da responsabilidade objetiva do Estado. Trata-se mesmo de clara exteriorização do princípio da igualdade dos administrados perante os encargos públicos, em razão dos altos riscos que a Administração Pública gera com sua atividade rotineira, pois, conforme já alegado, os riscos deverão ser sentidos na mesma intensidade por todos que integram a nação<sup>78</sup>.

Já por toda esta sistemática principiológica, portanto, seria possível argumentar com firmeza a existência da obrigação de o ente estatal reparar os todos os danos por ele causados, mesmo caso o constituinte não optasse por fazer menção semelhante àquela da Constituição. A redação atribuída à norma constitucional, assim, seria apenas mais um subsídio argumentativo para se alegar que o ordenamento jurídico pátrio escolheu o regime da responsabilidade objetiva, alternativa que melhor se molda aos ideais de justiça social.

A justiça inerente a esta escolha (da responsabilidade do tipo objetivo) não se resume apenas à distribuição dos ônus e encargos sociais. Em razão dela, as probabilidades de o particular ver seu prejuízo efetivamente reparado é razoavelmente maior.

Isto porque a culpa, que constituiria elemento probatório de maior dificuldade, mormente nas relações com o poder público, seria prescindível e, uma vez afastado o maior óbice processual para o administrado, com mais facilidade terá ele acesso à reparação de seus direitos. Liberto deste empecilho, restará somente a necessidade

---

<sup>75</sup> BORGES, Alice Gonzalez. A Responsabilidade Civil do Estado à Luz do Código Civil: Um Toque de Direito Público. In: FREITAS, Juarez (org.). **Responsabilidade Civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 21.

<sup>76</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Op. cit.* p. 201.

<sup>77</sup> A doutrina costuma fracionar a teoria do risco em duas correntes: a do risco administrativo e a do risco integral. A primeira aceitaria causas excludentes e atenuantes da responsabilidade estatal, enquanto a segunda ignora essa possibilidade. (CAHALI, Yussef Said. *Op. cit.* p. 36-37). O tema será melhor apreciado no transcorrer do trabalho, ao se abordar a questão do nexo de causalidade.

<sup>78</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Op. cit.* p. 242-243.

de demonstrar a vinculação entre a conduta estatal e o resultado danoso<sup>79</sup>. Ressalte-se que, por este viés, mesmo a demonstração cabal no decorrer do processo da inexistência de culpa no ato administrativo é completamente irrelevante<sup>80</sup>.

A inexigibilidade é pensamento puramente lógico, pois o poder público, como ficção criada pelo direito, não agrega condições materiais suficientes para manifestar vontade própria. Conforme ensina Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, a atividade exteriorizada pelo ente Estatal é programada e pensada pelos seus agentes, pessoas físicas, únicos dotados de real capacidade cognitiva, sendo posteriormente apenas emitida como se dele próprio fosse<sup>81</sup>.

Acertada qualquer divergência quanto à necessidade da comprovação do elemento volitivo, fica evidente que, pela dicção da atual regra constitucional e, de acordo com o regime comum da responsabilidade civil, basta a demonstração do evento danoso e o nexo de causalidade com a conduta estatal para que o particular possa formular pedido indenizatório<sup>82</sup>.

A lesão, como requisito necessário para se postular a indenização, deve ser visualizada face a um direito protegido, não sendo suficiente, pois, a mera deterioração patrimonial. Há, assim, uma distinção entre o dano econômico e o dano jurídico, sendo este qualificado pela característica da juridicidade, o que importaria na sua garantia contra os atos de terceiros<sup>83</sup>. É possível, por isso, que de um ato estatal resulte prejudicado algum patrimônio - tanto material quanto moral - privado que, por carecer de proteção legal, não poderá ser objeto de indenização.

---

<sup>79</sup> Para Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho, outra vantagem que adviria da não necessidade da comprovação de culpa seria a maior celeridade processual. (MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Problemas de Responsabilidade Civil do Estado. In FREITAS, Juarez (org.). **Responsabilidade Civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 55.)

<sup>80</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 132.

<sup>81</sup> Esclarece-se, todavia, que o autor não se posiciona no sentido de admitir exclusivamente a responsabilidade objetiva pelas condutas estatais. Insere-se o jurista, na verdade, dentre aqueles que apontam dois regimes distintos: responsabilidade objetiva para as condutas comissivas e, por outro lado, responsabilidade subjetiva para as condutas omissivas. (MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios Gerais do Direito Administrativo**. v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1969. p. 77-78).

<sup>82</sup> Apesar disto, alguns autores ainda reclamem a necessidade de comprovação de elementos complementares. Neste sentido, Marçal Justen Filho, que propõe a verificação da existência de "antijuricidade", que demonstraria se a administração agiu de acordo com o que ele denomina de dever especial de diligência. (JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.* p. 1307-1313.)

<sup>83</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. cit.* p. 1036-1037.

Deve, ainda, ser um evento excepcional, individualizado, capaz, por isso, de "romper o princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais"<sup>84</sup>, e, portanto, diverso de um dano que exprima efeitos a uma grande generalidade de pessoas ou que não passe de mero dissabor, decorrência natural da vida em sociedade<sup>85</sup>.

O nexos causal, por sua vez, é o elemento responsável em elidir a condenação do Estado das situações em que não foi ele o agente que possibilitou a ocorrência, evitando aquilo que parte da doutrina tanto teme - sobretudo nas condutas omissivas -, que é elevação do Estado a uma condição de segurador universal, ressarcindo quaisquer danos que eventualmente se verifiquem como simples resultado da convivência em sociedade<sup>86</sup>.

Percebida a vinculação entre o agir estatal e o prejuízo do particular, atrai-se automaticamente a incidência da norma constitucional, dispensando a perquirição da culpa da administração. Antes de impor a indenização, portanto, requer-se exclusivamente a análise para que seja determinada a influência do poder público no aparecimento da lesão e, somente diante de uma constatação positiva é que será adequado reclamar uma medida corretiva<sup>87</sup>.

Em que pese se tratar de fator altamente relevante para que o julgador possa decidir com maior convicção, mormente quando se depara com hipótese de múltiplas causas abstratamente consideradas como possíveis, o tema não enseja maiores estudos pela doutrina administrativista brasileira. Disto resulta uma heterogeneidade nos tribunais brasileiros, que ora aplica determinada teoria, ora mistura os conceitos de várias delas<sup>88</sup>.

O assunto, contudo, é minuciosamente tratado no âmbito do direito privado, que apresenta, em síntese, três correntes dominantes, nenhuma delas, todavia, isenta de críticas profundas.

A primeira delas, denominada de teoria da equivalência das condições, sugere que qualquer conduta que repercuta na lesão, mesmo sem ter sido ela necessariamente o fato principal que possibilitou a existência do evento danoso, deve ser reputada como uma causa, atraindo, por consequência, a indenização

---

<sup>84</sup> BARROS, Octávio de. **Apud**, CAHALI, Yussef Said. *op. cit.* p. 67.

<sup>85</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. cit.* p. 1039.

<sup>86</sup> MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. *Op. cit.* p. 55.

<sup>87</sup> CAHALI, Yussef Said. *Op. cit.* p. 72.

<sup>88</sup> SANTOS, Rodrigo Valgas dos. Nexos Causal e Excludente da Responsabilidade Extracontratual do Estado. In FREITAS, Juarez (org.). **Responsabilidade Civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 289-290.

devida. A lógica, segundo explica a doutrina, deve seguir um processo eliminatório. Agrupados todos os fatos que constituíram o percurso do evento danoso, deve-se realizar um juízo hipotético, excluindo as situações que, caso não ocorridas, não alterariam o resultado final. As condições não eliminadas nesta etapa seriam, por consequência, causas do evento danoso e, portanto, aptas a integrar a fundamentação para pedido de indenização. Não haveria, assim, apenas um acontecimento principal, ao qual seria atribuído com exclusividade a consequência negativa. Ao revés, estaria presente uma multiplicidade de causas<sup>89</sup>.

Tal pensamento, conforme se percebe com certa facilidade, pode implicar em um número ilimitado de possibilidades de se acionar o Estado, razão pela qual não foi muito assimilada pela jurisprudência.

Uma saída para a inadequação desta teoria seria a utilização da tese da causalidade adequada, na qual é afastada a noção de igualdade entre todas as condições, extraíndo dos casos apenas uma causa decisiva - ressalvada, é claro, a hipótese da existência de concausas. São necessárias duas etapas para se alcançar o fato a se reputar como adequado. Na primeira delas, o método utilizado se resume a uma análise em concreto de todo o trajeto percorrido para que fosse possível a efetivação do dano. Só então, examinando o fato especificamente, de acordo com suas peculiaridades, é que se poderia apontar qual foi o motivo principal e que, portanto, sujeitaria seu autor à indenização pelos prejuízos decorrentes<sup>90</sup>. Posteriormente, à semelhança do que se propõe na outra etapa, também se seleciona apenas uma condição para qualificar como relevante, porém agora sob outra perspectiva. Nesta oportunidade, a verificação é puramente abstrata, visualizando qual é o resultado normal do fato controvertido levado a juízo. Após, comparados ambos os resultados, estar-se-ia apto a apontar uma solução adequada.<sup>91</sup>

Peca esta corrente por carecer de critérios mais firmes para encontrar o resultado, delegando à subjetividade do magistrado a árdua tarefa de definir se o acontecimento provocado pela administração é ou não o principal fator capaz de produzir efeitos prejudiciais a terceiros.

---

<sup>89</sup> SANTOS. Rodrigo Valgas dos. *Op. cit.* p. 275-276.

<sup>90</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Op. cit.* p. 49-50.

<sup>91</sup> SANTOS. Rodrigo Valgas dos. *Op. cit.* p. 276-279.



Por último, importante mencionar a teoria dano direto e imediato - ou da interrupção do nexo causal -, que acumulou grande número de simpatizantes no direito brasileiro, principalmente por conter expressa previsão em nosso Código Civil<sup>92</sup>. Na verdade, esta corrente aproxima-se muito da causa adequada - razão pela qual, inclusive, muitas vezes ambas são confundidas -, porém, aqui, o ponto elementar gravita sobre a possível existência de um rompimento do nexo causal, que pode eventualmente ser ocasionado por um novo acontecimento, costumeiramente chamado de "causa relativamente independente"<sup>93</sup>. Um acontecimento, mesmo que relevante, deve ser afastado do status de causa quando se depara com outro, novo, que modifica o rumo para o qual direcionou o primeiro fato.

Para que um acontecimento seja considerado direto e imediato, além da inexistência de um rompimento, ele precisa ser compreendido como necessário e, assim, deve ser o dano um efeito previsível dessa conduta<sup>94</sup>.

Ainda que mais bem aceita, esta ferramenta também atrai fortes críticas da doutrina, principalmente pelo fato de, ao contrário das demais, dificultar em excesso a responsabilização<sup>95</sup>. Parece, apesar disto, ser esta a tese que melhor auxilia na tarefa de determinar o liame causal, entendimento com o qual, aliás, coaduna o Supremo Tribunal Federal.

A corte constitucional, por este caminho, ao apreciar o célebre caso de um furto cometido por bando integrado por fugitivo do sistema presidiário, julgou não ser adequada a responsabilização estatal, em razão da inexistência de nexo de causalidade. De acordo com o entendimento dos ministros, o fato da interferência estatal - que permitiu a fuga do indivíduo -, não seria a causa necessária para o cometimento do crime, pois haveria na hipótese a interrupção do nexo de causalidade, em razão da passagem de cerca de 21 meses entre a ocorrência de cada fato (fuga e furto)<sup>96</sup>.

---

<sup>92</sup> Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual. (BRASIL. **Código Civil**. Brasília. DF: Senado, 2002.)

<sup>93</sup> TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a Causalidade. **Revista Jurídica**, n. 296, porto Alegre, ano 50, jun. 2002, p. 11-14.

<sup>94</sup> SANTOS. Rodrigo Valgas dos. *Op. cit.* p. 280

<sup>95</sup> SANTOS. Rodrigo Valgas dos. *Op. cit.* p. 281

<sup>96</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **RE 130.764-1-PR**. Relator Min. Moreira Alves, Primeira Turma, DJe de 07.08.1992.

Ultrapassado este ponto, de exame entre a conexão da conduta estatal e o dano provocado, parte da doutrina, dentre os quais se insere Maria Sylvia Zanella Di Pietro, argumenta restar ainda a oportunidade de a administração pública comprovar algum fato excludente ou atenuante de responsabilidade, "quando o serviço público não for a causa do dano ou quando estiver aliado a outras circunstâncias, ou seja, quando não for a causa única"<sup>97</sup>.

São suscitadas cinco possíveis causas que interfeririam no liame causal: força maior, caso fortuito, culpa de terceiros, culpa da vítima e culpa concorrente da vítima<sup>98</sup>. Em cada uma delas haveria, conforme demonstrado pelo entendimento da autora, um novo fato - provenientes da imprevisibilidade da natureza, da conduta da vítima ou de atuação de terceiro - que atribuiria a consequência danosa a elemento estranho ao poder público.

Parece, todavia, que o melhor entendimento acompanha Yussef Said Cahali, quando insiste em argumentar que tais mecanismos são desprovidos de qualquer utilidade prática.

O jurista alega que a distinção da responsabilidade do Estado baseada na teoria do risco administrativo e na do risco integral é meramente semântica, e, portanto, sem qualquer valor conceitual, pois a eventual elisão da responsabilidade através de alguma das causas excludentes - única característica que diferenciaria uma tese da outra - pode muito bem ser resolvida pelo exame comum do nexo de causalidade. Em todos os casos em que seria possível a incidência dos referidos mecanismos (excludentes e atenuantes de responsabilidade), já haveria prévia constatação de que o ente estatal não teve envolvimento no resultado danoso. A conclusão alcançada seria exatamente a mesma, existindo diferença apenas quanto ao percurso adotado<sup>99</sup>.

No caso da culpa exclusiva da vítima, por exemplo, situação na qual é verificada uma conduta culposa, não há dúvidas de que, na realidade, foi esse agir

---

<sup>97</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Op. cit.* p. 242.

<sup>98</sup> O caso fortuito, de larga utilização no direito civil, é alvo de grandes divergências no ramo do direito administrativo, tanto para atribuir uma definição, quanto para decidir sobre a sua aplicabilidade. Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, para que seja possível distinguir o caso fortuito da força maior, é necessário observar a origem do fato: se decorre de ação humana, tratar-se-ia do primeiro, enquanto que, se resultado de ato desprendido da interferência do homem, estar-se-ia diante de força maior. E, assim, exatamente por se decorrer da ação humana, não deve ser considerada como causa excludente. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.* p. 652).

<sup>99</sup> CAHALI, Yussef Said. *Op. cit.* p 38-39.

do particular que deu causa ao prejuízo, não a conduta estatal, razão pela qual deverá o próprio indivíduo suportá-lo<sup>100</sup>.

A administração pública, em casos tais, embora possa aparecer como um sujeito atuante durante os fatos que antecedem o prejuízo, não age de forma necessária para a consequência encontrada. São outros os fatos que causam o dano<sup>101</sup>.

Apesar de tudo, admite-se que em algumas situações, de complexidade mais elevada, é quase que inviável um exame exato do nexo de causalidade pelos métodos tradicionais apresentados, demandando-se meios complementares para se decidir se sobre a responsabilização do Estado.

Toda esta instigação por novas soluções desembocou na aplicação da teoria da imputação objetiva. Para este novo pensamento - de aplicação mais aprofundada no direito penal -, não bastaria o mero nexo de causalidade para uma averiguação completa acerca da responsabilização. Haveria de ser analisado, ademais, quais as razões previstas pelo direito que levam à necessária assunção, pelo Estado, dos prejuízos causados aos administrados<sup>102</sup>.

Segundo Ricardo Marcondes Martins, seriam quatro as causas de imputação objetiva do dever estatal de reparar o dano - que, segundo o autor, foram alçadas pela doutrina contemporânea como novos pressupostos da responsabilidade objetiva: (i) atuação lícita; (ii) risco criado; (iii) enriquecimento sem causa, e; (iv) atuação ilícita. No primeiro caso, o dever de indenizar decorre de um ato lícito do Estado que teve efeitos negativos em algum bem juridicamente protegido do cidadão. Na segunda hipótese, o que se visualiza é um dano oriundo de situação propiciada pelo Estado, mas não causado. Em outras palavras, não foi a atuação do Estado propriamente dita que lesionou o particular, mas a lesão decorreu das situações fáticas construídas pelo poder público. Quanto ao terceiro caso, há um enriquecimento injustificado da administração. Pela última previsão, caso mais típico de responsabilização, esta será fruto de uma conduta ilícita do Estado<sup>103</sup>.

---

<sup>100</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Op. cit.* p. 243.

<sup>101</sup> MARTINS, Ricardo Marcondes. Responsabilidade Civil do Estado, Nexos Causal e imputação Objetiva. In: FREITAS, Juarez (org.). **Responsabilidade Civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 371

<sup>102</sup> MARTINS, Ricardo Marcondes. *Op. cit.* p. 375.

<sup>103</sup> MARTINS, Ricardo Marcondes. *Op. cit.* p. 378-382.

Tais previsões, contudo, não impactam de forma radical sobre a antiga teoria. Regra geral, ao que parece, são apenas situações que proporcionam explicação mais detalhada sobre as razões que provocam o pagamento de indenização pelo Estado. Não criam (nem excluem) novos fatos a serem enquadrados como de responsabilidade da administração.

Seria, por isso, a teorização sobre as excludentes de imputação que inovaria no terreno jurídico. Quanto a este ponto, aliás, são mencionadas seis hipóteses: (i) participação do administrado na produção do vício; (ii) a diminuição do risco pela atuação estatal; (iii) assunção consciente de um risco pelo indivíduo, (iv) domínio da situação jurídica pelo Estado; (v) generalidade, e; (vi) normalidade<sup>104</sup>.

As duas últimas situações, ao que parece, situam-se naquilo determinado pela doutrina no conceito de dano, que necessita, para a caracterização, que seja individualizado - ou seja, não atinja a sociedade como um todo - e, ainda, não represente situação comum à vida em sociedade. A participação da vítima, por sua vez, possui contornos idênticos à já referida excludente de nexo de causalidade por culpa da vítima. Trata-se, destarte, de situação em que a própria vítima colaborou para o aparecimento do dano<sup>105</sup>.

Nos três apontamentos restantes, todavia, visualizam-se propostas que melhor auxiliam no entendimento dos fatos mais labirínticos.

Quando se fala em diminuição dos riscos pela atuação estatal, pretende-se afirmar que, a conduta, em que pese ter sido elemento decisivo para o nascimento do dano, era essencial para tentar proteger o bem jurídico do administrado. Houve, assim, na verdade, um acréscimo na possibilidade de salvá-lo. A assunção consciente do risco, por sua vez, diz quanto as situações em que a própria vítima se coloca em posição perigosa, aceitando a eventual ocorrência da lesão. Por último, no domínio da situação jurídica, o Estado, por deter total controle jurídico da situação, não é obrigado a indenizar as lesões oriundas de sua alteração<sup>106</sup>.

Se aceitas as ideias, em tese, restaria pouca abertura para discussão da responsabilidade em condutas comissivas, pois a solução seria encontrada diante da verificação do conjunto de elementos. Na omissão, contudo, o debate, independentemente das conclusões sobre o nexo de causalidade, tende à

---

<sup>104</sup> MARTINS, Ricardo Marcondes. *Op. cit.* p. 382-388

<sup>105</sup> MARTINS, Ricardo Marcondes. *Op. cit.* p. 382-388

<sup>106</sup> MARTINS, Ricardo Marcondes. *Op. cit.* p. 383-385.

complexidade sobre uma questão chave: necessidade ou não da averiguação da culpa.

Parte da doutrina, representada por Celso Antônio Bandeira de Mello, costuma defender a aplicação da teoria subjetiva, pela utilização da teoria francesa da "faute du service", nos casos em que se discute uma omissão do Estado, para evitar excesso de responsabilização. O posicionamento, contudo, encontra resistência de parcela respeitável da doutrina, a qual apresenta fortes argumentos para a manutenção da teoria objetiva inclusive nos casos da ausência de agir da Administração Pública.

## 2.2. RESPONSABILIDADE POR CONDUTA OMISSIVA

Tanto quanto a própria ação, a sua ausência também pode repercutir de maneira injustamente danosa na vida dos administrados. Impende ao direito, assim, mais uma vez, apontar em quais situações deverá o Estado assumir todos os infortúnios ou, ao reverso, definir quando serão os particulares obrigados a suportar individualmente os prejuízos.

A princípio, nota-se que a ordem constitucional contém apenas uma previsão para solucionar a problemática da responsabilização estatal, pelo já mencionado artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, que adota simultaneamente a teoria objetiva e subjetiva. Esta, porém, limitada à hipótese de se exercer o direito de regresso contra o agente público pessoalmente culpável.

Inexistiria razão, pois, para se propor tratamentos diversos entre a conduta omissivas e as comissivas, vez que a norma constitucional é somente uma para todos os casos e nela se descarta o duplo tratamento. A responsabilidade objetiva, portanto, a princípio, deveria prevalecer, impondo que o poder público arcasse com todos os danos, sem que fosse necessária a comprovação de culpa<sup>107</sup>.

---

<sup>107</sup> GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. Responsabilidade Civil do Estado, *Faute du Service* e o Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa. In: BENACCHIO, Marcelo; GUERRA, Alexandre Dartanham de Mello; PIRES, Luis Manoel Fonseca. **Responsabilidade Civil do Estado: Desafios Contemporâneos**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2010. p. 280.

O entendimento de parte da doutrina, largamente acompanhado pela jurisprudência dos tribunais superiores<sup>108</sup>, contudo, aponta para uma interpretação diversa, sob o argumento de que o constituinte, ao utilizar o vocábulo "causar"<sup>109</sup> para se expressar, quis fazer referência apenas à conduta positiva, relegando a hipótese da omissão ao regime do direito comum<sup>110</sup>. Neste caso, de maneira oposta à previsão constitucional, como o direito civil insculpe a responsabilidade subjetiva como a regra, admitindo a aplicação da teoria objetiva apenas excepcionalmente, quando a atividade desempenhada puder ser classificada como prática de risco, a culpa reassumiria seu papel de destaque<sup>111</sup>.

Os argumentos que reforçam esta tese, no entanto, não se esgotam na simples adoção da interpretação literal do dispositivo.

Há fundamentação ancorada no princípio da legalidade, pois o Estado, sob o império da lei, somente estaria obrigado a agir, para evitar a realização do evento danoso, nos casos de expressa previsão normativa. E, por depender de infração de obrigação legal, tratando-se, por consequência, necessariamente, de um ilícito, requereria o exame do aspecto subjetivo<sup>112</sup>. É feita uma associação entre a conduta ilícita e a responsabilidade subjetiva. A noção de culpa seria, nos termos da doutrina, intrínseca à figura da omissão estatal, e, assim, conceber-se-ia até mesmo como ilógica a defesa da responsabilidade objetiva pela inação<sup>113</sup>.

Tal ilicitude, compreendida como o descumprimento do dever legal, não estaria estritamente vinculada aos casos de falta de agir do poder público, mas a todos os casos em que o Estado, não obstante legalmente obrigado a intervir, o faz

<sup>108</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **RE 409203-RS**. Relator Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, DJe de 06.03.2006.

<sup>109</sup> Art. 37, § 6º, CF : "As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa". (grifo nosso). (BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília. DF: Senado, 1988.)

<sup>110</sup> ZOCKUN, Carolina Zancaner. Da Responsabilidade do Estado na Omissão da Fiscalização Ambiental. In: FREITAS, Juarez (org.). **Responsabilidade Civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 79

<sup>111</sup> Art. 927: Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. (BRASIL. **Código Civil**. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Brasília. DF: Senado, 2002.)

<sup>112</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Op. cit.* p. 1029.

<sup>113</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.* p. 655.

de modo inferior ao padrão médio esperado e que, por esta razão, não tenha sido suficientemente bom para impedir o dano<sup>114</sup>.

Esse padrão, paradigmático para a imputação da responsabilidade, segundo ensina Celso Antônio Bandeira de Mello, deve ser apurado de acordo com a estrutura disponível no meio social. Deve-se levar em conta a expectativa média da sociedade, atividades semelhantes já realizadas e, por fim, o entendimento do próprio Estado sobre aquilo que considera um serviço insuficiente<sup>115</sup>. Por isso, para que reste caracterizada falha da administração, seria indispensável um cotejo entre o dispositivo legal que ordenou a intromissão do poder público e a realidade fática encontrada na sociedade, para, com isto, definir-se qual seria a conduta aceitável e, a partir deste resultado, estabelecer se houve uma conduta censurável ou não<sup>116</sup>.

Assemelha-se a este posicionamento aquele que impõe como uma espécie de excludente de responsabilidade a reserva do possível. O Estado, por não dispor de recursos bastantes para prover o auxílio necessário em todas as oportunidades em que é demandado, deve ser perdoado em algumas situações pontuais, isentando-se do pagamento de eventuais indenizações. Admitida esta ideia, para que se concretize a responsabilidade civil por omissão, seria necessário, pois, para além do dever legal de agir, que haja uma possibilidade material para tanto, o que somente poderia ser determinado caso a caso<sup>117</sup>.

Pela teoria da responsabilidade subjetiva para as condutas omissivas do Estado, por isso, não são poucos os obstáculos impostos ao cidadão comum para que veja seu direito protegido. Ao se introduzir a dependência da caracterização da culpa, que se trata de elemento ínsito à figura do ser humano - pois apenas este se encontra munido de capacidade psicológica para que seja capaz expor conduta culpável -, é necessário também criar critérios sólidos para que se possa delinear o que seria efetivamente uma atitude culposa da administração. A solução apontada pela doutrina é a de inserir neste conceito, além do descumprimento de dever legal, a figura da reserva do possível ou qualquer outra noção semelhante<sup>118</sup>. Diante de tantos elementos e dificuldades, seria praticamente impossível obter êxito numa pretensão indenizatória contra o Estado.

---

<sup>114</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Op. cit.* p. 1030.

<sup>115</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Op. cit.* p. 1030.

<sup>116</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Op. cit.* p. 1030.

<sup>117</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.* p. 655

<sup>118</sup> GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. *Op. cit.* 287.

Por isto, para que ainda que diante de tantos óbices seja possível preservar os direitos dos administrados da melhor forma possível, defende esta parte da doutrina que seja presumida a culpa da administração, já que foge do conhecimento da maioria dos particulares a forma de atuação do poder público, o que tornaria a produção de provas uma missão quase impossível. Poderia, no entanto, o Estado, neste caso, por se tratar de mera presunção, comprovar a ausência de culpa, eximindo-se da obrigação<sup>119</sup>.

A inversão do ônus probatório, entretanto, muito embora constitua nobre tentativa de facilitar a persecução dos direitos abalados pela atuação estatal, ainda assim não faz imperar o modelo proposto pela Constituição Federal, que estabelece como fim precípua a proteção da dignidade da pessoa humana. Desamparar os prejudicados quando diante da inexistência de "culpa", em verdade, propõe uma confusão dos valores tutelados pelo direito.

A teoria subjetiva aplicada na omissão se fulcra basicamente na ideia punitiva da responsabilidade civil<sup>120</sup> - valor, aliás, que perde força inclusive no âmbito do direito privado<sup>121</sup> -, porém, deveria, na verdade, para melhor se ajustar aos preceitos normativos, apoiar-se na ideia da proteção da vítima, em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana e, principalmente, o da igualdade.

Primeiro que, na generalidade das vezes, na falha no serviço, principalmente em se tratando de omissão estatal, a culpa não é imputada a um agente público individualizado, mas à integralidade do órgão prestador do serviço. Nestes casos, não há meios de se admitir que a obrigação de reparar danos se materialize numa efetiva punição, pois será o erário público que sofrerá com a condenação, e não aqueles que, pessoalmente, contribuíram para o resultado<sup>122</sup>.

Ademais, não se pode olvidar, conforme já estruturado, que a sistemática da responsabilização civil tem se desenvolvido no sentido de preferir a proteção da vítima, que, mesmo no caso de omissão, teve seu patrimônio diminuído por consequência de conduta estatal. O dano, na omissão, somente é concretizado em razão do desrespeito a um dever legal de agir. Não deve o administrado, nesse

---

<sup>119</sup> Cite-se, com este entendimento, Celso Antônio Bandeira de Mello (*Op. cit.* p. 1031-1032) e Maria Sylvia Zanella Di Pietro (*Op. cit.* p. 656)

<sup>120</sup> ZOCKUN, Carolina Zancaner. *Op. cit.* Pág. 80.

<sup>121</sup> BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Dano à Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. Págs. 193-258.

<sup>122</sup> GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. *Op. cit.* p. 272



caso, em razão do princípio da igualdade na distribuição dos ônus e encargos públicos, suportá-los individualmente<sup>123</sup>.

O texto constitucional, em si, na realidade, apesar das posições em contrário, já não remete a grandes questionamentos. Não se vislumbra qualquer intenção de impor regimes antagônicos entre a responsabilidade derivada de conduta comissiva e conduta omissiva. A palavra causar, fonte da discordância entre a doutrina, não tem o condão de excluir da tratativa ali designada a inação estatal. Se presente o dever jurídico de atuar, com o intuito de salvaguardar a integridade dos administrados, ao não fazê-lo, será mesmo esta omissão o motivo principal para o aparecimento da situação danosa. Praticamente nenhuma distinção há com relação às condutas comissivas, devendo-se manter afastada a necessidade de perquirir a culpa<sup>124</sup>.

É assim que, dentre outros, Daniel Wunder Hachem e Emerson Gabardo defendem uma outra perspectiva para a problemática da responsabilidade estatal. Neste caso, é retirado do foco a dicotomia apresentada pela doutrina majoritária, pregando-se a uniformização de todo o instituto da responsabilidade extracontratual do Estado através da teoria objetiva<sup>125</sup>.

Para eles, o alijamento da clássica distinção é medida que deve se impor para que seja possível recepcionar um pensamento consubstanciado no princípio da eficiência administrativa, que, se violado pela administração pública, engendra situação hábil para se requerer indenização<sup>126</sup>. Frise-se, desde logo, entretanto, que ambas as teorias não coincidem seus âmbitos de atuação - como se verá adiante, por exemplo, a atuação pode ser ineficiente tanto numa conduta omissiva, quanto numa omissiva -, e tampouco carregam os mesmos fundamentos, motivo pelo qual não se propugna aqui a simples substituição de uma pela outra.

---

<sup>123</sup> Neste sentido, sugerem Emerson Gabardo e Daniel Wunder Hachem a adoção de solução semelhante àquela já assentada no direito administrativo francês. Para eles, a resistência de boa parte da doutrina em aceitar a responsabilidade objetiva mesmo na omissão, no Brasil, decorre, muito provavelmente, da adoção exclusiva da teoria do risco. Não há qualquer menção a uma teoria recentemente difundida na França: a teoria da igualdade dos cidadãos perante os encargos públicos. De regra, lá se divide a responsabilidade *sans faute* em dois fundamentos: teoria do risco, aplicável às situações em que o estado pratica ato de risco fora do comum e a nova teoria, para equalizar a perda entre todos os cidadãos. Ambas as teorias são limitadas a algumas situações. Estas variações podem ser explicadas porque não são todas as atividades estatais que são de risco, não obstaculizando, contudo, a inclusão no fundamento alternativo (GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. *Op. cit.* p. 278-279).

<sup>124</sup> MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. *Op. cit.* p. 54.

<sup>125</sup> GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. *Op. cit.* p. 270

<sup>126</sup> GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. *Op. cit.* p. 261.

Demanda-se, no entanto, análise mais profunda sobre a situação desse princípio.

### 2.3. PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA E A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Foi a emenda constitucional n. 19 de 1998 que inseriu o princípio da eficiência dentre aqueles elencados no artigo 37 da Constituição como informativos da Administração Pública. Ressalte-se, contudo, que, antes mesmo da expressa inclusão já era ele admitido como implícito no sistema constitucional<sup>127</sup>.

A inovação textual possuía como ideia basilar, naquela conjuntura, a de revestir a administração pública de maior agilidade, em níveis compatíveis com a administração particular. Propunha-se, desta forma, a evolução estatal para um modelo gerencial, em substituição ao modelo burocrático, tudo consubstanciado no pensamento neoliberal. A inclusão, de início, agradou boa parte dos juristas brasileiros<sup>128</sup>.

As críticas nas quais se fundam aqueles que propugnam a mudança, em regra, não rastreiam a verdadeira gênese de todos os males que atingem o modo de administração empregado no Brasil. Confundem toda a construção sistemática do modelo geral burocrático com uma especial patologia desenvolvida ao longo de sua aplicação. Deveriam, por isso, debruçar-se sobre esta particularidade que verdadeiramente afeta a implantação de uma administração ótima, não sugerir uma reconstrução, por um novo modelo que provavelmente também não será capaz de afastar o verdadeiro distúrbio<sup>129</sup>.

Para Emerson Gabardo, os verdadeiros problemas são decorrência da estrutura patrimonialista que formou a administração pública - marcada essencialmente pelo clientelismo, fisiologismo, nepotismo e, finalmente, pelo formalismo em demasia - e ela, ao contrário do que apontam as críticas, não poderá

---

<sup>127</sup>GABARDO, Emerson. **Princípio Constitucional da Eficiência administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 86-88.

<sup>128</sup>MARCELLINO JUNIOR, Julio Cesar. **Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa: (Des)encontros entre Economia e Direito**. Florianópolis: Habitus, 2009. p. 179-185.

<sup>129</sup>GABARDO, Emerson. *Op. cit.* p. 35-36.

ser superada pela simples imposição do novo modelo<sup>130</sup>. A prática procedimental, em concreto - afastadas estas particularidades -, na verdade, mostrou-se como espécie muito adequada, mormente quando vista sob uma perspectiva garantidora da moralidade, isonomia entre os cidadãos e até da democracia<sup>131</sup>.

Entretanto, em que pese a intenção do legislador ao insculpir o princípio – ideal neoliberal<sup>132</sup> –, sua inserção no sistema não significou a adoção dos fins naquela época pretendidos. Pelo contrário, a norma precisou se ajustar aos demais dispositivos, com eles harmonizando, mantendo-se, por isso, o mesmo modelo burocrático anterior à mudança textual<sup>133</sup>.

Assim, não obstante seja complexa a compreensão deste princípio na ordem jurídica, a atribuição atual mais recorrente se preocupa em obrigar a administração estatal em realizar as melhores opções quanto aos meios para persecução dos fins pretendidos, sem desprezar, por óbvio, em hipótese alguma, as imposições decorrentes do princípio da legalidade<sup>134</sup>.

As consequências deste entendimento refletem de modo relevante na gestão pública. Pela recente configuração traçada, extraem-se diversos mandamentos aptos a classificar uma atuação como eficiente ou, ao contrário, defini-la como ineficiente. Primeiramente, impõe-se propriamente o dever de agir, utilizando-se das prerrogativas postas à disposição, justamente para que se atinja o interesse público da melhor maneira possível. Deste modo, se inerte, diante de uma regra que estabelecia a atuação, já se estará contrariando o dispositivo<sup>135</sup>.

Entende-se, além disso, que para esta conduta ser compreendida como eficiente, ela deve cumprir alguns requisitos, dos quais se destacam: (i) ser *célere*,

<sup>130</sup> GABARDO, Emerson. *Op. cit.* p. 35-36

<sup>131</sup> Tudo isto porque, como decorrência do modo burocrático, todos os atos podem ser controlados ou pela simples previsão legal ou, ainda, por fiscalização dos funcionários hierarquicamente superiores. Proporciona-se, assim, maior previsibilidade e constância na gestão pública. No mais, a formalização garante também maior participação dos indivíduos na administração pública, habilitando o cidadão a intervir nela diretamente. (GABARDO, Emerson. *Op. cit.* p. 36-41.)

<sup>132</sup> Segundo Julio Cesar Marcellino Junior seriam duas as metas a serem atingidas através do novo princípio: mudança no exercício da função pelo servidor público e o "sujeito humano". Quanto ao primeiro, seria imposto um modelo de atuação mais ligados aos resultados, sobretudo em termos quantitativos. Assim, seria desprezada a qualidade do serviço praticada por estes servidores, sendo relevante apenas o cumprimento de metas. Ademais, quando se fala no "sujeito humano", a referência é quanto ao modo de tratamento. Se antes os indivíduos eram vistos como cidadãos, agora deveriam ser observados como consumidores. (MARCELLINO JUNIOR, Julio Cesar. *Op. cit.* p. 194-197)

<sup>133</sup> GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. *Op. cit.* p. 241-244.

<sup>134</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. cit.* p. 125.

<sup>135</sup> GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. *Op. cit.* p. 283.

sem que ocorram atrasos indevidos; (ii) precisa se caracterizar pela *presteza*, sem que exista formalismos desnecessários; (iii) o dispêndio dos recursos não pode ocorrer sem o devido planejamento, pois impera a necessidade de se otimizar os gastos, razão pela qual se fala em *economicidade*; (iv) por fim, o agir estatal eficiente é aquele que se denomina *produtivo*, alcançando efetivamente os fins preestabelecidos<sup>136</sup>.

Da mesma forma que ocorre perante a falta de agir, o descumprimento de qualquer um destes deveres também faz com que nasça a obrigação de reparar os prejuízos provocados, desde que também presentes os demais requisitos formadores da responsabilidade objetiva - dano e nexo causal. Portanto, deve responder o poder público quando demonstrado que foi omissivo ou quando, apesar de ter agido, manifestou-se de forma morosa, exacerbadamente formalista, perdulária ou improdutiva<sup>137</sup>.

Para tais casos, de desrespeito ao princípio da eficiência, ajusta-se bem a antiga teoria francesa da "*faute du service*", muito embora ainda não seja unânime o pensamento entre os juristas sobre qual seria o seu verdadeiro feitiço<sup>138</sup>. Aqui, parece, todavia, mais uma vez, estarem com razão aqueles que não a situam no âmbito da responsabilidade subjetiva.

Segundo este modelo, a "falta" na conduta da administração poderia se manifestar sob três aspectos: não funcionar, funcionar mal ou funcionar atrasado. Para alcançar alguma destas conclusões, deve-se abstrair da conduta realizada individualmente por cada um dos agentes estatais, para se centrar no agir exteriorizado pela própria máquina administrativa<sup>139</sup>. É, portanto, o próprio serviço prestado que não se apresenta da maneira como deveria.

Em todas as hipóteses de falha, quando adaptado o método para o fim de vistoriar o fiel cumprimento dos mandamentos impostos pela eficiência, o problema é constatado objetivamente mediante a verificação dos requisitos acima descritos, aplicando-se, conforme visto, tanto às ações quanto às omissões. A única distinção é a de que, no caso da realização de um ato, o Estado deverá ter descumprido

<sup>136</sup> GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. *Op. cit.* p. 244-258.

<sup>137</sup> GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. *Op. cit.* p. 282-288.

<sup>138</sup> Em que pese seja utilizado pela maior parte dos juristas como um modelo da responsabilidade subjetiva do Estado, o melhor entendimento parece ser o de que a *faute du service* dispensa a perquirição da culpa, tornando essencial a mera demonstração da falha (ou ineficiência) do serviço. (BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Op. cit.* p. 213)

<sup>139</sup> GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. *Op. cit.* p. 268.

algum dos deveres impostos pela eficiência, enquanto na omissão há falha já pela simples inobservância de um dever legal anteriormente previsto na ordem jurídica<sup>140</sup>.

Seja por um, seja por outro, o fato é que a administração poderá ser chamada a responder pelos danos oriundos daquelas atitudes.

Dispensada, assim, com esta abordagem, a presença do elemento volitivo, parece ser esta a teoria que melhor se encaixa no âmbito do direito administrativo brasileiro, fato que pesa em favor da sua aplicação com maior frequência nos tribunais, em especial no caso dos serviços públicos de saúde.

Nestas situações, conforme se detalhará minuciosamente a seguir, as lesões são fruto de uma conduta ineficiente do estado, que, por vezes, não dispõe de verba suficiente para fornecer atendimento satisfatório aos usuários, ou, ainda, porque são escolhidos profissionais sem a devida qualificação para desempenhar tais funções, o que implica num resultado inadequado.

### **3. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELA FALHA NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE**

#### **3.1. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO INEFICIENTE**

Os princípios informadores do serviço público constituem direitos do usuário garantidos pela Constituição Federal para a prestação de uma atividade condizente com aquilo que se espera como adequado<sup>141</sup>. Constituem, em contrapartida, um dever de cumprimento pelo poder público<sup>142</sup>. A administração pública, assim, não detém autorização para mitigar esses contornos ideais traçados quando da prestação dos serviços<sup>143</sup>.

---

<sup>140</sup> GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. *Op. cit.* p. 283.

<sup>141</sup> ZANCANER, Weida. Responsabilidade do Estado. Serviços Públicos e os Direitos dos Usuários. *In*: FREITAS, Juarez (org.). **Responsabilidade Civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 351

<sup>142</sup> GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Op. cit.* p. 49.

<sup>143</sup> ZANCANER, Weida. *Op. cit.* p. 351.

Não estará, assim, submetida somente ao regime jurídico, mas também, por se tratar de típica obrigação estatal, ao cumprimento deles de forma ótima, nos moldes assentados pelo princípio da eficiência administrativa.

Nas prestações, portanto, em consonância com as razões expostas, devem ser seguidos os parâmetros do que se determinou como adequado, através dos princípios referentes ao regime jurídico especial para se alcançar uma atuação ótima<sup>144</sup>.

E a primeira constatação que se retira de todo este tratamento legal é, conforme já demonstrado, a imposição de atuar<sup>145</sup>.

Nesta toada, reputa-se relevante, logo de início, registrar que a mera abstenção do poder público quanto à disponibilização dos cuidados sobre a saúde já implica em sua responsabilização. Ao atrair a atividade para si - não obstante tê-la mantido também no âmbito de atuação dos particulares -, incumbiu-se o Estado de desenvolvê-la da melhor maneira possível<sup>146</sup>. Assim, sempre que requisitado, o poder público deverá intervir para socorrer imediatamente o cidadão, de modo a garantir o direito à saúde. Caso não o faça, o usuário estará apto a reivindicar a reparação pelos prejuízos sofridos<sup>147</sup>.

Noticia-se, aqui, o primeiro ponto de controvérsia entre os intelectuais que se debruçam sobre o tema. Aos que inferem do texto constitucional somente a responsabilidade objetiva para as condutas comissivas, apartando deste tratamento as condutas omissivas, por óbvio, não bastaria a mera constatação do dano, eis que seria também necessário averiguar se a administração pública incorreu em culpa<sup>148</sup>. Ao revés, caso se admita a homogeneidade de regulamentação, a investigação sobre o dano se limitará à verificação de existência de um nexo causal e de algum dos pressupostos violadores da eficiência administrativa<sup>149</sup>.

Conforme anteriormente já arrazoadado, parece mais adequado o raciocínio desenvolvido por esta última linha de pensamento.

Crê-se, em verdade, que, mormente nas hipóteses de lesões oriundas de falha nos serviços de saúde em razão da ausência da prestação, os pontos mais

---

<sup>144</sup> GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. *Op. cit.* p. 249-255.

<sup>145</sup> Vide nota de rodapé n. 135.

<sup>146</sup> ZANCANER, Weida. *Op. cit.* p. 352.

<sup>147</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. cit.* p. 1029-1030.

<sup>148</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.* p. 654-657.

<sup>149</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Op. cit.* p. 194.

relevantes se assentam sobre a eficiência e a imputação do dano (não do nexo causal)<sup>150</sup>.

Isto porque, nas condutas omissivas, salvos as ocorrências em que é a própria abstenção estatal que dá ensejo ao prejuízo, não há como se falar em nexo de causalidade, mas apenas em imputação. Na grande maioria dos casos, não é propriamente a falta de ação do poder público que causa o dano. Na verdade, nestes casos, o Estado oportuniza que um fato externo venha a provocar o dano apenas por se esquivar de cumprir o dever legal de evitá-lo, que, no caso da saúde, encontra-se descrito no artigo 196 da Constituição. E, exatamente por não agir de acordo com os preceitos legais, é que o direito impõe ao Estado o pagamento de indenização<sup>151</sup>.

Neste sentido, com todo o respeito à doutrina contrária, a ilicitude, nas omissões, não é fundamento para se falar em teoria subjetiva, pois se trata apenas de decorrência lógica do fenômeno da imputação, ou seja, o Estado somente poderá ser responsabilizado quando o ordenamento assim prescrever<sup>152</sup>. A situação de se estar vinculado apenas ao cumprimento de um dever legal não importa, logicamente, na presença de culpa quando do seu descumprimento. É verossímil, aliás, a inobservância do mandamento sem a presença de culpa<sup>153</sup>.

Quanto à saúde, em primeiro lugar, portanto, ante a imposição constitucional de prestar os serviços, basta que ele tenha sido ineficiente, pelo fato de não ter funcionado, para que se crie situação pertinente para pedido de reparação pelos danos, sem que seja necessária a verificação da culpa<sup>154</sup>. Assim, desde que o cidadão tenha requisitado a assistência dos serviços de saúde pública, a inação - que contribua para a ocorrência de uma lesão - será o bastante para se postular uma indenização.

---

<sup>150</sup> Conforme pontuam Daniel Wunder Hachem e Emerson Gabardo, nem sempre as lesões por condutas omissivas são frutos do não impedimento de ação externa. Em algumas oportunidades, a própria ausência de agir pode ser a causa do dano. (GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. *Op. cit.* p. 281-282.)

<sup>151</sup> MARTINS, Ricardo Marcondes. *Op. cit.* p.369.

<sup>152</sup> MARTINS, Ricardo Marcondes. *Op. cit.* p. 362.

<sup>153</sup> Neste sentido, conforme exemplificam Daniel Hachem e Emerson Gabardo, quando demonstram que pode um sujeito deixar de ser atendido num hospital público, em razão da falta de vagas e, em razão disto sofrer uma lesão. Tal fato, contudo, pode ocorrer em uma cidade cujo prefeito implementou corretamente todas as diretrizes financeiras para a saúde. Nestes casos, ao que parece, ausência de responsabilização evidenciaria clara afronta ao princípio da igualdade sobre os encargos sociais. (GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. *Op. cit.* p. 280).

<sup>154</sup> GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. *Op. cit.* p. 283.

Neste sentido, caso efetivamente contempladas as excludentes de imputação, não há sequer como se avultar a condição de segurador universal do Estado como resultado desta proposta. Isto porque, o dever de agir só estará efetivamente configurado quando a ajuda for requisitada pelo indivíduo. Do contrário, não se estará diante de caso de responsabilização estatal, eis que os riscos teriam sido assumidos pela suposta vítima<sup>155</sup>.

Em suma, portanto, na omissão, com fulcro na teoria da imputação e na responsabilidade civil em decorrência da eficiência, há que se verificar: imposição legal de agir; descumprimento, pela abstenção, da previsão legal; ausência de excludentes de imputação, e; dano. Somente a partir do preenchimento destes elementos é que será possível cravar a responsabilização do Estado.

Pode ocorrer, contudo, que as lesões decorram não da inação, mas da má prestação do serviço ou funcionamento tardio.

Neste caso, atrasado será o serviço de saúde, principalmente, quando não realizado de forma célere, nos moldes estabelecidos pelo princípio da eficiência, tornando-o incapaz de atenuar os problemas apresentados pelo cidadão - conforme noção já apresentada. Nota-se, no plano da ciência médica, que a eficácia do tratamento é diretamente proporcional à agilidade na prestação, de modo que, ao se prolongar demasiadamente o tempo de espera para a intervenção, as chances de cura tendem a se tornar cada vez mais remotas.

Situação modelo - e não rara no sistema público de saúde nacional - foi a de uma jovem, de 27 (vinte e sete) anos que, atropelada, obteve atenção médica somente quinze dias após o acidente, o que retirou qualquer possibilidade de se evitar a morte<sup>156</sup>.

A clara ineficiência do poder público, que não foi capaz de providenciar o tratamento necessário, encontra-se diretamente associado aos fins trágicos evidenciados. É justamente em razão da falha que o ente público deverá arcar com todos os danos que decorram de fatos semelhantes a este<sup>157</sup>.

<sup>155</sup> MARTINS, Ricardo Marcondes. *Op. cit.* p. 385.

<sup>156</sup> R7. **Após ser atropelada, mulher de 27 anos morre à espera de vaga em hospital no Rio.** Disponível em: <<http://noticias.r7.com/rio-de-janeiro/noticias/jovem-morre-esperando-vaga-em-hospital-no-rio-20110707.html>>. Acesso em 03 de novembro de 2013.

<sup>157</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **AC 1459 PR 2004.70.09.001459-1.** Relator Des. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, Terceira Turma, DJe de 08.07.2008; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Ag 1.216.590-PR.** Relator Min. Benedito Gonçalves. DJe 12.11.2009.



Viável, para além destes casos, que decorra da falta de investimento nos equipamentos e estrutura adequados - que impossibilitam que se atenda toda a demanda pelos serviços - ou pelo excesso de formalidades exigidas para que se de provimento à atuação. Seja qual for o motivo, fato é que, se, não obstante a previsão legal, demorou-se para se providenciar a realização dos atos para os quais foi demandado, deverá ser responsabilizado, na mesma forma já apontada para os casos de omissão.

Já o dano que emerge de uma falha por prestação de má qualidade pode ser originada de duas situações: falha no serviço como um todo e o erro médico. Enquanto naquele o enfoque jurídico permanece adstrito ao exame das situações associadas ao princípio da eficiência, neste a lesão é fruto de erro no procedimento aplicado ao paciente, com verificação que se basta nos modelos tradicionais da responsabilidade civil.

### 3.2. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ERRO MÉDICO

Por um vasto período, a função do médico era visualizada até com certo caráter religioso, motivo pelo qual seria até ilógico responsabilizá-lo, pois eram estes profissionais considerados apenas instrumento para a atuação divina. Mais recentemente, em que pese ter perdido esta condição, ainda assim a medicina despontava como profissão hierarquicamente superior às demais, e se sustentava, principalmente, numa relação de confiança entre o profissional e o paciente. Hodiernamente, contudo, a relação foi substancialmente modificada, equiparando o agente de saúde a um prestador de serviço qualquer, enquadrado numa óptica mais voltada ao direito de consumo<sup>158</sup>.

Houve, assim, uma massificação da prestação dos serviços de saúde, o que fez com que a relação se transformasse em algo extremamente impessoal, mormente quando se fala em hospitais públicos<sup>159</sup>.

---

<sup>158</sup> AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade Civil do Médico. **Revista dos tribunais**, São Paulo, v. 84, n. 718, ago. 1995. p. 33.

<sup>159</sup> SEBASTIÃO, Jurandir. Responsabilidade Civil Médico-Hospitalar e o Ônus da Prova. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (coord.). **Grandes Temas da Atualidade: Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 346.

Considera-se, majoritariamente, que, no âmbito do direito privado, essa relação entre médico e paciente é de espécie contratual "*sui generis*", ou seja, aquele que, não obstante não possuir previsão expressa no ordenamento - contrato atípico -, é capaz ainda assim de produzir efeitos jurídicos, como decorrência da atividade criativa dos agentes privados<sup>160</sup>. Poderão, assim, integrar o contrato quaisquer cláusulas que partam da vontade das partes, desde que observados os dispostos no código de ética médica ou qualquer outro dispositivo que regule a atuação do profissional da saúde<sup>161</sup>.

Raramente possuirá ele, contudo, como objeto, a obtenção da cura ou da melhora, mas simplesmente a aplicação de procedimento atencioso, nos moldes técnicos disponibilizados pela ciência moderna, por se celebrar, conforme ensina a doutrina, contrato de meio, não de resultado<sup>162</sup>.

Esta é a prestação na qual o devedor se compromete a alcançar um objetivo exato através de um ato predeterminado. Neste caso, o mero insucesso em se obter o fim pretendido já seria suficiente para se postular indenização. Por outro lado, as obrigações de meio seriam aquelas nas quais há um comprometimento pela utilização de instrumentos apropriados à obtenção de determinado resultado, sem, todavia, garanti-lo. Destarte, dever-se-ia examinar a adequação de todo o procedimento empregado para descobrir eventual direito a uma reparação, não bastando o exame do produto final<sup>163</sup>.

A relevância de tal classificação, para o direito médico, advém da designação do ônus probatório. Enquanto nas obrigações de meio a missão de se levantar as provas recai sobre o credor, nas de resultado é o devedor quem deve se encarregar da tarefa<sup>164</sup>. Toda essa atenção especial é dispensada nas discussões médicas porque é tênue a linha que separa o erro médico do curso normal da vida<sup>165</sup>. Há essa resistência quanto à introdução da responsabilidade sem culpa na área da

---

<sup>160</sup> GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Erro Médico à Luz da Jurisprudência Comentada**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2004. p. 58-59.

<sup>161</sup> GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Op. cit.* p. 64

<sup>162</sup> DIAS, Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 332.

<sup>163</sup> ZULIANI, Ênio Santarelli. Inversão do Ônus da Prova na Ação de Responsabilidade Civil em Erro Médico. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 92, n. 811, maio 2003 p.48-49.

<sup>164</sup> GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Op. cit.* p. 76.

<sup>165</sup> KFOURI NETO, Miguel. **Culpa Médica e o Ônus da Prova: presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado: responsabilidade civil em pediatria, responsabilidade civil em gineco-obstetrícia**. São Paulo: R. dos Tribunais, 2002. p. 12.

saúde justamente por se tratar de fatos centrados na conduta humana e, portanto, passíveis de complicações não reversíveis pelo atual estado de conhecimento científico<sup>166</sup>.

Assim, apesar de ser quase que indiscutível essa nova postura que se emprestou ao relacionamento entre o médico e o paciente, quase que de uma efetiva relação de consumo, o Código de Defesa do Consumidor, em que pese ter elegido o sistema da responsabilidade objetiva como mote principal de sua estrutura, foi expresso em renegar a inclusão dos profissionais liberais neste enquadramento, situando-os, por exclusão, na previsão geral do direito civil<sup>167-168</sup>. Prevaleceu, portanto, o entendimento de que aos médicos somente deverá ser atribuída a responsabilização pela constatação de elemento culposos em sua conduta.

Quanto aos hospitais e às clínicas, diferentemente, com o início da vigência do código consumerista adotou-se a interpretação literal do dispositivo, enquadrando-os na noção de prestadores de serviço, o que, por consequência, dispensaria a perquirição de culpa para que ocorresse a responsabilização<sup>169</sup>.

E a norma, em tese, não abre mesmo espaço para qualquer exceção, induzindo o jurista a acreditar na inserção dos estabelecimentos hospitalares nessa nova formação. Contudo, a doutrina, ao refletir com mais profundidade sobre a matéria, passou a entender que nem todas as prestações de serviços deveriam ser albergadas por essa norma, pois algumas prestações - como é o caso das médicas - não dependem somente do empenho do prestador para obter o sucesso esperado<sup>170</sup>. Situações externas - como, por exemplo, o estado de saúde do paciente - influenciam diretamente no resultado final<sup>171</sup>.

---

<sup>166</sup> SEBASTIÃO, Jurandir. *Op. cit.* p. 334.

<sup>167</sup> GIOSTRI, Hildegard Taggesell. A Responsabilidade Médico-Hospitalar e o Código de Defesa do Consumidor. In: CAPAVERD, Aldaci do Carmo. (org.). **Repensando o Direito do Consumidor - 15 anos do CDC**. v. 1. Curitiba: OAB/PR, 2005. p. 146.

<sup>168</sup> Não há dúvidas, contudo, quanto à aplicação do Código de Defesa do Consumidor mesmo sobre a atividade individual do médico, não para impor a responsabilidade objetiva, mas para disciplinar as demais situações jurídicas vinculadas à relação entre médico e paciente. Há, nestes casos, na realidade, um "diálogo das fontes legislativas", aplicando-se simultaneamente uma diversidade de estatutos jurídicos - Código Civil, Código de Ética Médica, Código de Defesa do Consumidor e a Constituição Federal. (LIMA, Cláudia Marques. A Responsabilidade dos Médicos e do Hospital por Falha no Dever de Informar ao Consumidor. **Revista dos tribunais**, São Paulo, v. 93, n. 827, set. 2004, p. 12-13.)

<sup>169</sup> Ressalte-se, contudo, que o nosocômio somente poderá ser responsabilizado caso conte com uma equipe médica própria. Não responde, porém, quando o médico simplesmente utiliza as instalações do nosocômio para tratar de paciente próprio (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *ob. cit.* p. 41).

<sup>170</sup> Sequer a contaminação hospitalar, matéria sobre a qual pairava alguma harmonia no direito privado, mantém-se firme a doutrina quanto à aplicação da teoria objetiva. A matéria é

Passou-se, então, a interpretar por outro enfoque a responsabilidade objetiva hospitalar, para considerar a realidade das mais variadas interferências externas que um procedimento médico pode sofrer, e que nem sempre estariam submetidas a alguma das possíveis excludentes de causalidade, importando, assim, na responsabilização injusta do nosocômio. Para sustentar tal posicionamento - de não aplicação da teoria objetiva mesmo a estas pessoas jurídicas prestadoras de serviço -, menciona-se o caráter também contratual da relação, o que significaria a existência de uma obrigação de meios na relação entre o hospital e o paciente. Alega-se, ainda, que, não obstante o exame de responsabilidade incida abstratamente sobre a prestação do nosocômio, a efetiva verificação recai sobre a atuação do médico, profissional liberal, de modo que seria ilógico afastar a responsabilidade objetiva deste e, ao mesmo tempo, socorrer-se ao Código do Consumidor quando se tratar de atuação intermediada por um estabelecimento médico<sup>172</sup>.

Aduz-se, em suma, que a natureza da atividade médica é incompatível com a sistemática implementada pelo Código de Defesa do Consumidor, mesmo quando o alvo é a pessoa jurídica que organiza a o serviço<sup>173</sup>.

Esta é, em síntese, não somente a evolução apresentada no direito privado, mas é também o que se percebe quando o foco é deslocado às falhas médicas ocorridas em hospitais de natureza pública.

A explicação, contudo, assume contornos um pouco distintos.

Isto porque, é indiscutível na doutrina administrativista que os alicerces da responsabilidade civil estatal são, principalmente, os princípios da legalidade e da igualdade na divisão dos encargos públicos<sup>174-175</sup> - diferentemente, portanto, do

---

constantemente suscitada e, atualmente, prefere-se retornar ao entendimento assentado em momento anterior ao nascimento do Código de Defesa do Consumidor. É que, justamente por se tratar de questão relativa ao corpo humano, não é viável o afastamento da aferição de culpa, creditando ao hospital, sem critério algum, a condição danosa assumida pelo paciente (SEBASTIÃO, Jurandir. *Op. cit.* p. 365-366).

<sup>171</sup> GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Op. cit.* p. 147-148.

<sup>172</sup> GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Op. cit.* p. 152.

<sup>173</sup> KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 187.

<sup>174</sup> CAHALI, Yussef Said. *Op. cit.* p. 31.

<sup>175</sup> Entretanto, parte da doutrina destoa deste entendimento. É o caso de Ricardo Marcondes Martins, para quem os fundamentos seriam: princípio da segurança jurídica; princípio da repartição dos encargos sociais, princípio da vedação ao enriquecimento ilícito, e; princípio do Estado de Direito. (MARTINS, Ricardo Marcondes. *Op. cit.* p. 381-382)

direito consumidor, que se funda na pretensão de auxiliar o sujeito hipossuficiente da relação<sup>176</sup>.

Este último princípio, o da isonomia perante os encargos públicos, assume postura de notável relevância para fundamentar a imputação de responsabilidade ao Estado quando, embora fiel ao cumprimento da lei, seja responsável por danos sofridos individualmente pelo particular. A doutrina mais tradicional, conforme apontado, aplica-o como fundamento da teoria do risco, eis que, face ao enorme contingente de atividades atraídas para a competência estatal, a probabilidade de se provocar um dano é bastante acentuada, e, para não onerar apenas parte da população - que sofreria individualmente tais perdas -, todo o prejuízo deve ser igualmente suportado pela integralidade da comunidade<sup>177</sup>. Seria este, exclusivamente, o fundamento para a adoção da responsabilidade objetiva no direito administrativo.

Quando uma atividade de risco é exercida em benefício do próprio cidadão, contudo, seria de se questionar se o Estado deve mesmo responder sem a necessidade de aferição de culpa. Nestas hipóteses, a situação perigosa criada surge no intuito de atenuar os riscos em momento futuro, provenientes da situação pessoal do administrados. É exatamente este o caso das perdas sofridas pelos cidadãos quando da atividade médica, pelo que são constantes os questionamentos acerca da adequabilidade da teoria objetiva<sup>178</sup>.

Conforme leciona José Joaquim Gomes Canotilho:

"Nesta hipótese, poderia dizer-se que quem aceita uma atividade perigosa no seu exclusivo interesse deverá suportar os riscos correspondentes... (mas) será sempre de pôr a questão da omissão de um dever de cuidado por parte dos serviços de saúde na hipótese que estamos analisando. Aceitar-se-ia, pois, a demonstração de uma atividade faltosa dos serviços competentes"<sup>179</sup>.

<sup>176</sup> FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de Direito do Consumidor**. 7ª ed. São Paulo: atlas, 2004. p. 31.

<sup>177</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. cit.* p.1023.

<sup>178</sup> AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Op. cit.* p. 45.

<sup>179</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Apud.** AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Op. cit.* p. 45.

Ou seja, se é o próprio administrado quem requer a atuação perigosa para tentar reverter o quadro doentio que se encontrava, não deve a administração pública responder sem que haja a constatação de culpa.

Com um enfoque um pouco distinto, mas ainda como reforço a esta tese, apresentam-se aqueles que defendem a aplicação de excludentes de imputação. Por se tratar a atividade médica um serviço que, na verdade, diminui os riscos de danos - em oposição, portanto, aos fundamentos da teoria do risco -, não deve ela ser analisada pelo enfoque da responsabilidade objetiva<sup>180</sup>. Assim, elimina-se a responsabilidade quando, em que pese a utilização de todos os meios possíveis, não foi possível evitar o resultado prejudicial, pois, nestas situações, a causa do resultado danoso deve ser atribuída a fato da natureza ou de condições do próprio paciente<sup>181</sup>.

O risco de lesão na área da saúde, portanto, é evidente, motivo pelo qual haveria certa resistência para considerá-lo inserto na teoria objetiva.

Por óbvio, o procedimento médico não é isento de erros e estes podem surgir independentemente da experiência e qualidade do profissional que se dedique a salvar o paciente, por não deter o homem capacidade suficiente de controlar todas as reações do corpo humano<sup>182</sup>.

Entende-se, por influência da doutrina francesa, que o estado de saúde debilitado do paciente também pode influir na responsabilização, a depender do conhecimento desta condição e na possibilidade de torná-la menos perigosa. Portanto, em regra, a situação mórbida do enfermo exonera completamente a culpa da atuação médica - pois o resultado sequer era controlável -, entretanto, caso o dano resulte da desconsideração acerca da existência desta condição - ou seja, o médico, apesar de conhecer, não levar em conta a debilitação do paciente na realização do procedimento -, não há como se falar em inocência do serviço<sup>183</sup>.

Destarte, diante da natureza da atividade médica, não há mesmo como se relegar o fator culpa. Ao que parece, nem mesmo a teoria da igualdade dos cidadãos diante dos encargos públicos, como hipótese apartada da tradicional teoria

---

<sup>180</sup> MARTINS, Ricardo Marcondes. *Op. cit.* p. 383-385.

<sup>181</sup> AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Op. cit.* p. 45.

<sup>182</sup> GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Op. cit.* p.144-145

<sup>183</sup> GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Erro Médico à Luz da Jurisprudência Comentada.** p. 70.

do risco<sup>184</sup>, teria o condão de modificar a situação. É que, efetivamente, não se está diante de "encargo público".

Ocorre, na verdade, situação completamente oposta: a atuação estatal pretende melhorar a condição anterior do sujeito da melhor maneira possível. Portanto, somente quando verificada a culpa é que deverá haver a indenização, pois nestes casos ficará claro que o Estado não disponibilizou o serviço adequado - seja em razão de contratação de médicos inaptos, seja pela precariedade do aparelhamento -, não sendo justo que o administrado que necessite de tais serviços tenha que arcar solitariamente com os encargos de tal prestação de má-qualidade. Do contrário - sem a culpa -, frise-se, o dano é resultado natural a estado do paciente<sup>185</sup>.

Há, contudo, quem prefira pensar o problema pela verificação do nexo de causalidade, também para afastar a responsabilização sem culpa. É assim que, de acordo com Yussef Said Cahali, "a não caracterização de conduta culposa ou erro no diagnóstico pode ser identificada como determinante da inexistência do próprio nexo de causal entre o tratamento ministrado e a morte de paciente em hospital estadual"<sup>186</sup>. Neste caso, entende-se que para que seja possível demonstrar a relação de causalidade, requer-se, primeiramente, que fique clara a existência de culpa.

Parece mesmo evidente que ambos os elementos se encontram muito próximos nesta espécie de atividade. Conforme orienta a doutrina civilista, inclusive, a descoberta do nexo causal de um ato médico se orienta no sentido de verificar especificamente se foi o ato culposos que causou o dano. Essa é a advertência de Hildegard Taggesell Giostri: "(...) então, para que aquele (médico) seja

---

<sup>184</sup> Conforme defendem Daniel Wunder Hachem e Emerson Gabardo, poderiam ser invocadas duas teorias para explicar a responsabilidade objetiva do Estado. Ao lado da tradicional teoria do risco, assim, poderia ser apontada também a teoria da igualdade dos cidadãos diante dos encargos públicos - como hipótese distinta, não mais como mero fundamento da teoria do risco. Assim, a administração pública não responderia objetivamente apenas porque age de modo perigoso, mas também porque os ônus decorrentes da atuação estatal não devem ser assumidos por apenas parte dos cidadãos, pois isso implicaria em ofensa ao princípio constitucional da isonomia. (GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. *Op. cit.* p. 278-279)

<sup>185</sup> Não se olvida, contudo, da possibilidade da ocorrência de um acidente. Este, entretanto, embora esteja diretamente associado à conduta médica e seja também previsível, não depende da qualidade do profissional para que se efetive ou não. É algo que, principalmente em razão de algum estado anormal do paciente, pode vir a acontecer se realizado o procedimento médico. É em razão destas possibilidades, aliás, que se impõe ao médico o dever de informar o paciente sobre os riscos do tratamento. (GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **A Responsabilidade Médico-Hospitalar e o Código de Defesa do Consumidor.** p. 164-165)

<sup>186</sup> CAHALI, Yussef Said. *Op. cit.* p. 248.

responsabilizado é necessário ficar clara e efetivamente comprovado que a origem do dano encontra-se na inexecução da obrigação profissional"<sup>187</sup>

Em alguns casos limites, a associação é bastante clara.

Evidente, por exemplo, quando o médico realiza o procedimento cirúrgico em parte do corpo saudável, sem necessidade, causando danos ao paciente<sup>188</sup>. O exame da conexão entre o ato do médico e o dano, é decorrência da existência de culpa. Caso não existisse o ato culposos, por lógica, o dano seria consequência lógica do estado natural do paciente.

Para que não se inviabilize o ressarcimento nestes casos - já que a prova da culpa é extremamente complicada -, a doutrina tem apontado a possibilidade de se presumir que o evento danoso resulta da má-qualidade da prestação fornecida pelo Estado, cabendo ao Estado apresentar a contraprova<sup>189</sup>.

O Supremo Tribunal Federal, quando provocado para se manifestar sobre situação semelhante, contudo, preferiu manter incólume o preceito constitucional que impõe a responsabilidade objetiva nos danos causados pelo Estado. Segundo o entendimento dos ministros, a verificação da culpa é desnecessária também nos casos envolvendo a atuação de profissionais da área médica. Dispensar-se-ia, com isso, a averiguação dos motivos médicos que conduziram ao resultado danoso, bastando a associação causal entre o dano e o agir do funcionário público<sup>190</sup>.

Diante destas incertezas na resolução destas situações, interessante questionar qual seria a liberdade da vítima para formar o polo passivo em processo para a reparação dos danos. Sobre este ponto, mais uma vez, a doutrina administrativista oscila bastante, dividindo-se em dois entendimentos, ambos muito bem arrazoados.

Assim, parte dela não admite que o particular litigue diretamente contra o agente estatal responsável pelo dano, aceitando que se postule somente contra o Estado, enquanto a corrente oposta aponta para uma maior liberdade do ofendido,

---

<sup>187</sup> GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Erro Médico à Luz da Jurisprudência Comentada**. p.70.

<sup>188</sup> G1. **Família acusa médico de erro na morte de dona de casa em hospital público**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/Noticias/Rio/0,,MUL1033018-5606,00-FAMILIA+ACUSA+MEDICO+DE+ERRO+NA+MORTE+DE+DONA+DE+CASA+EM+HOSPITAL+PUBLICO.html>>. Acesso em: 01 de novembro de 2013.

<sup>189</sup> GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Op. cit.* p. 249.

<sup>190</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **AI 852237-RS**. Relator Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe de 08.12.2012.



que, de acordo com esta construção, poderá optar sobre quem pretenderá ajuizar a demanda.

### **3.3. A RESPONSABILIDADE CIVIL DO AGENTE PÚBLICO: RESPONSABILIZAÇÃO SOMENTE PELA AÇÃO DE REGRESSO?**

O Estado, responsável constitucionalmente pelos danos causados ao administrado, não dispõe de vontade própria para decidir e tampouco para atuar. Manifesta-se por conta de seus agentes, de tal forma que estes passam a ser a própria exteriorização da máquina pública<sup>191</sup>. Logicamente, conclui-se que, ao se falar em indenizações por lesões que defluem de uma conduta estatal, concretamente, estar-se-á examinando as consequências das práticas de um ou mais agentes públicos no exercício de suas funções, que, por imposições de ordem legal, são sempre imputas ao Estado. Não há, apesar disto, completa irresponsabilidade destes personagens que diretamente influem na conjuntura para a manifestação do evento danoso<sup>192</sup>.

São, na verdade, duas áreas que se apartam pelos critérios impostos pelo constituinte para que sejam cada um deles sujeitos ao pagamento de indenização. Assim, enquanto para o Estado fora fixado tratativa de ordem objetiva, dispensando a análise de culpa, o agente somente poderá ser convocado para responder diante da clara comprovação desta<sup>193</sup>. O que, todavia, incita debate é a disponibilidade ou não da escolha, pela vítima, daquele que integrará o polo passivo numa demanda judicial.

Há quem entenda que inexistente qualquer proibição legal para que se acione ambos ou apenas o agente público diretamente<sup>194</sup>. Em que pese a condição de representante do Estado, todo indivíduo, como sujeito de direito, tem a obrigação de responder pelos atos que pratica na sociedade. Nesta interpretação, como a

---

<sup>191</sup> Entendimento melhor detalhado por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, conforme já assentado na nota de rodapé n. 81.

<sup>192</sup> ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 769.

<sup>193</sup> CAHALI, Yussef Said. *Op. cit.* p. 30.

<sup>194</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 273.

responsabilização individualizada reclama sempre a verificação de conduta culposa, ou seja, por se tratar invariavelmente de ato ilícito, as regras gerais do direito disciplinariam os fatos, sendo aplicáveis, portanto, os próprios dispositivos do Código Civil acerca da responsabilidade civil - artigos 186 e 927. A previsão constitucional, assim, em nada interferiria nesta situação, pois a oportunização de se propor a demanda diretamente com o órgão pública não é incompatível com o regramento insculpido no direito privado<sup>195</sup>.

Na verdade, entendimento neste sentido, segundo reforça parte da doutrina, é benéfico a todos os sujeitos envolvidos. Quanto ao Estado, é possível sugerir questões de ordem material e processual neste sentido. Isto porque, o regresso não se insere no âmbito da discricionariedade da administração pública. A previsão impõe um dever, para que o erário não seja comprometido em virtude de atuação culposa do agente, com fulcro no princípio da indisponibilidade dos interesses públicos<sup>196</sup>. Em razão disto, instrumentalmente, uma ação direta contra o funcionário implicaria somente em economia processual, evitando-se a necessidade de um novo processo e, ademais, evitaria uma contradição lógica: embora tenha que negar a causalidade na demanda inicial, para que logre êxito na ação regressiva o Estado deverá arguir sobre a culpa de seu servidor<sup>197</sup>.

A permissibilidade de se acionar diretamente o agente, contudo, não se traduz em praticidade. Mesmo aqueles que defendem esta teoria questionam a viabilidade de que tal percurso seja efetivamente adotado, em razão dos vários óbices para a efetivação do direito do administrado. São enumerados, assim, três motivos que, materialmente, apontam neste sentido: responsabilidade subjetiva do agente, individualização da conduta e solvência do servidor públicos.<sup>198</sup>

Quanto à necessidade de comprovação do elemento volitivo, ao que parece, conforme já defendido, trata-se do maior obstáculo para haja a condenação, até porque, em várias situações, ela sequer existirá. Ainda, as condutas estatais, geralmente complexas, envolvendo número expressivo de agentes para a sua

---

<sup>195</sup> Para Celso Antônio Bandeira de Mello, a compreensão neste sentido estaria fixada na própria tradição do direito. Isto porque, quando sequer se avultava a possibilidade de o Estado responder pelos danos causados (época em que predominava o princípio da irresponsabilidade estatal), a pessoa física ainda assim não poderia se ver livre da reparação dos prejuízos. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. cit.* p. 1050-1051.)

<sup>196</sup> ARAÚJO, Edmir Netto de. *Op. cit.* p. 769.

<sup>197</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. cit.* p. 1056-1057.

<sup>198</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. cit.* p. 1053-1054.

manifestação, dificilmente poderão ser separadas de acordo com cada indivíduo que a praticou. Na prática, pois, serão poucas as oportunidades em que efetivamente se determinará um sujeito individualmente responsável pela conduta e que, portanto, estaria apto a integrar o polo passivo em processo para a reparação de danos. Por fim, mesmo quando superados toda a discussão processual, a depender do *quantum* estabelecido, o sujeito poderá não dispor de verba suficiente para suportá-lo, de pouco adiantando a condenação judicial<sup>199</sup>.

No seara da saúde pública, estes impedimentos seriam mais sentidos quando da ineficiência na prestação do serviço do que diante de um caso de erro médico. Ao se tratar da responsabilidade civil por conduta que careceu de eficiência, no mais das vezes, não será plausível o apontamento de um único sujeito para suportar todos os ônus decorrentes, vez que, na generalidade dos casos, a hipótese será de falha atribuível à máquina pública como um todo<sup>200</sup>. O profissional médico, contudo, que atua imediatamente para o surgimento da lesão, não teria sua conduta diluída em meio a um conjunto complexo de atos. Para este caso, então, seria plenamente acessível a indicação do agente estatal responsável pelo dano. Rememore-se, conforme explicado, que, em se tratando de erro-médico, o entendimento da maioria dos autores é no sentido de que o nexo de causalidade entre a conduta estatal e o dano se materializam no mesmo fato, razão pela qual sequer haveria maior apertura para se comprovar o direito à indenização<sup>201</sup>.

Há, no entanto, quem defenda, não pela falta de praticidade, mas por imposições de ordem legal, a impossibilidade de se questionar a responsabilidade do agente antes da existência de uma decisão que determine uma condenação do Estado.

Decorre do discernimento corporificado no texto constitucional a compreensão de que haveria uma ordem de preferência imposta à vítima, sendo-lhe defesa a escolha do sujeito passivo de uma eventual ação de indenização. O administrador, por não exprimir sua vontade em nome próprio, mas sim no intuito de cumprir o interesse público, em nome do poder público, não tem o dever de responder perante o administrado. O servidor público, por isso, somente arcará com o valor através da propositura de ação regressiva. Nesta ordem, então, são apreendidos dois requisitos

---

<sup>199</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. cit.* p. 1053-1054.

<sup>200</sup> GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. *Op. cit.* p. 268-269.

<sup>201</sup> CAHALI, Yussef Said. *Op. cit.* p. 248-249.

para que se obtenha sucesso numa tentativa de responsabilizar o agente público: prévia condenação do Estado e a demonstração de culpa.<sup>202</sup>

Em oposição à proposição da corrente anterior<sup>203</sup>, enxerga-se aqui uma proteção constitucional ao agente, que deverá somente responder quando questionado pelo poder público, mediante a comprovação de culpa e antes de ultrapassado o prazo prescricional de cinco anos<sup>204</sup>.

Infere-se deste posicionamento que, seja qual for o entendimento adotado acerca da responsabilização pelo mau funcionamento dos serviços públicos de saúde, mesmo que se argumente a coincidência entre o nexo de causalidade e a culpa - ou seja, ambos os processos versariam sobre o mesmo tema -, jamais poderão ser julgados concomitantemente a ação contra o Estado e contra o profissional médico.

Contudo, o sistema processual brasileiro carece de instrumento adequado para satisfazer toda essa estruturação. É que a ação de regresso gizada pela Código de Processo Civil não prevê solução para os desdobramentos peculiares deste problema no direito administrativo, no qual, apesar de dispensar a comprovação da culpa num primeiro momento - quando a controvérsia se estabelece entre a vítima e o Estado -, exige, num segundo momento - da ação de regresso propriamente dita -, cognição judicial específica sobre o elemento subjetivo<sup>205</sup>. São, portanto, dois momentos completamente imiscíveis.

A disciplina processual - artigo 70, inciso III, do CPC -, não obstante isto, impõe, nestes casos, que seja denunciada à lide contra aquele que será responsabilizado, obrigando, com isso, a individualização da conduta já na lide instaurada entre o cidadão lesado e a Administração Pública. Do contrário, em tese,

---

<sup>202</sup> HACHEM, Daniel Wunder; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Transferências Voluntárias na Lei de Responsabilidade Fiscal: Limites à Responsabilização Pessoal do Ordenador de Despesas por Danos Decorrentes da Execução de Convênio. In: CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de (coord.). **Lei de Responsabilidade Fiscal: Ensaio em Comemoração aos 10 Anos da Lei Complementar nº 101/00**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 360.

<sup>203</sup> Para Celso Antônio Bandeira de Mello, o dispositivo não possui qualquer intenção de conferir proteção ao servidor, mas apenas ao administrado (que poderá optar pela responsabilidade objetiva) e à administração (que poderá ser ressarcida pelo funcionário) (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. cit.* p. 1055).

<sup>204</sup> HACHEM, Daniel Wunder; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Op. cit.* p. 361-366.

<sup>205</sup> OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. O Direito de Regresso do Estado Decorrente do Reconhecimento de Responsabilidade Civil Extracontratual no exercício da Função administrativa. In: BENACCHIO, Marcelo; GUERRA, Alexandre Dartanham de Mello; PIRES, Luis Manoel Fonseca. **Responsabilidade Civil do Estado: Desafios Contemporâneos**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2010. p. 1127-1129

não seria mais possível reaver o valor pago na condenação<sup>206</sup>. Confundir-se-ia, assim, a responsabilidade objetiva, estatal, com a subjetiva, relacionada ao funcionário público, complicando o ressarcimento da vítima<sup>207</sup>.

Justamente por importar em expressivo complicador para a realização da pretensão do lesado, não deve, segundo entende a doutrina, ser o preceito aplicado no âmbito da responsabilização estatal<sup>208</sup>.

Afastada a aplicação desta figura processual, não há qualquer outra previsão disponível para suprir a lacuna criada, pelo que se torna utilizável o procedimento normal da ação civil de ressarcimento<sup>209</sup>.

No mais, não se discute que, seja qual for o modelo adotado - de possibilidade ou não do litisconsórcio passivo -, trata-se de um dever do Estado acionar o agente culpado pelo evento dano - e, por consequência, culpado também pela minoração do patrimônio público<sup>210</sup>. Trata-se de imposição dos mais variados princípios que regem a Administração Pública, sobretudo os da indisponibilidade dos interesses públicos, da legalidade, da moralidade, da igualdade e da impessoalidade<sup>211</sup>.

## CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1988, com ambição não apenas de garantir o espaço da autonomia privada dos cidadãos, mas de proporcionar efetivas condições para uma vida digna de toda a comunidade, impõe aos agentes políticos que compõem a administração uma série de medidas a serem implementadas. Tais deveres se consubstanciam numa obrigação de satisfazer os programas sociais insculpidos pelo texto constitucional.

---

<sup>206</sup> OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Op. cit.* p. 1127-1129

<sup>207</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. cit.* p. 1058.

<sup>208</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. cit.* p. 1058.

<sup>209</sup> Para José Roberto Pimenta de Oliveira, por isso, seria necessário criar tratativa específica para o problema, tornando a ação regressiva um instrumento de utilização mais facilitada. (OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Op. cit.* p. 1131)

<sup>210</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Op. cit.* p. 272.

<sup>211</sup> OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Op. cit.* p. 1127.

A este desiderato é que servem os serviços públicos. São eles os instrumentos elegidos pelo constituinte para servir o propósito de construção de uma sociedade mais justa e igualitária. Em geral, são apontadas três características fundamentais destas atividades estatais: o aspecto material, o subjetivo e o formal. Não servem elas, contudo, individualmente, à tarefa de definir os serviços públicos, mas, quando agrupadas, podem facilitar seu entendimento.

A primeira característica, presente já nas construções teóricas de Duguit e Jèze, diz quanto ao objetivo perseguido pelos serviços públicos, que é a satisfação dos interesses gerais da população. Assim, para que um serviço seja considerado público, indispensável que seja ele realizado com o fito de atender às necessidades da população.

Por aspecto subjetivo compreende-se a titularidade do Estado no oferecimento das comodidades. Tal titularidade, contudo, não implica, por lógica, que a prestação seja realizada diretamente pelo Estado. Pode ele, através dos institutos jurídicos da concessão, permissão e autorização, delegar à iniciativa privada a execução dos serviços.

Por fim, revestem-se por um regime jurídico especial - aspecto formal -, capaz de assegurar o funcionamento adequado destas prestações. Requer-se, assim, não apenas uma realização aleatória destes direitos, mas no formato adequado, de acordo com o que se encontra devidamente desenhado no ordenamento jurídico.

Apontam-se, para este fim, como os princípios do serviço público adequado, a generalidade, modicidade, continuidade, regularidade, eficiência, segurança, atualidade, cortesia e responsabilidade. São estas previsões tratadas como um norte a ser seguido, para que a prestação providencie o auxílio ideal àqueles cidadãos que requisitem.

E, como se num encadeamento lógico, é a responsabilidade civil que funcionará como espécie de guardião do bom funcionamento dos serviços públicos. Se inobservado o regime jurídico destas prestações - ou qualquer outro mandamento legal -, poderá o sujeito prejudicado postular em juízo a indenização cabível. Aliás, sequer se exige a culpa da administração pública para que seja ela condenada ao pagamento. Pela estrutura constitucional, basta que seja demonstrado o dano e vinculação dele com a conduta estatal.

A responsabilidade, normalmente objetiva, conforme previsto no artigo 37, parágrafo 6º, poderá também emanar do descumprimento do princípio constitucional da eficiência administrativa. A interpretação sistemática desta norma compele o Estado a uma prestação mais elaborada, com o fito de produzir da melhor e maior maneira possível os objetivos idealizados na Constituição.

Não importa, assim, para a responsabilidade civil do Estado, se o dano foi originado de uma conduta omissiva ou comissiva. Todas estas situações, regra geral, devem ser analisadas sem a perquirição de culpa.

Quando a situação fática exigir o exame sobre o exercício da atividade médica, contudo, a responsabilidade civil estatal assume, para parte da doutrina, contorno um pouco distinto. É que, não obstante seja ela sempre objetiva, demanda-se, no que atine ao dano médico, que haja uma falha pelo poder público na prestação do serviço, eis que, do contrário, ou seja, quando não há falhas na prestação, a lesão decorre do risco natural do tratamento médico.

Há, contudo, quem prefira preservar a teoria objetiva mesmo nestes casos.

Neste sentido, alguns apontam a possibilidade de conciliar o exame da culpa com o estudo do nexo de causalidade, pois o dano médico somente poderá ser dito como "causado" pela Administração Pública quando presente o elemento culpa na conduta. Ou seja, a culpa é examinada, mas apenas como meio de se examinar o nexo de causalidade.

O STF, por outro lado, tem se manifestado no sentido de afastar qualquer verificação do elemento subjetivo, bastando, para a condenação da Administração Pública, a existência de dano associado a uma conduta estatal.

Seja qual for o entendimento, deverá o Estado, caso comprovada a culpa do agente público, requerer o ressarcimento, por meio de ação regressiva, do valor despendido para o pagamento da condenação. Deverá, neste caso, conforme entendimento exposto, propor nova ação para atingir este fim.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade Civil do Médico. **Revista dos tribunais**, São Paulo, v. 84, n. 718, p. 33-53, ago. 1995.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. O Conceito de Serviços Públicos no Direito Constitucional Brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17. fev-mar-abr, 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-17-FEVEREIRO-2009-ALEXANDRE%20ARAGAO.pdf>>. Acesso em: 20 de setembro de 2013.

ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo e o Novo Código Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. Transferências Voluntárias na Lei de Responsabilidade Fiscal: Limites à Responsabilização Pessoal do Ordenador de Despesas por Danos Decorrentes da Execução de Convênio. In: CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de (coord.). **Lei de Responsabilidade Fiscal: Ensaio em Comemoração aos 10 Anos da Lei Complementar nº 101/00**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BORGES, Alice Gonzalez. A Responsabilidade Civil do Estado à Luz do Código Civil: Um Toque de Direito Público. In: FREITAS, Juarez (org.). **Responsabilidade Civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires Coelho; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.



BRASIL. **Código Civil**. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Brasília. DF: Senado, 2002.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília. DF: Senado, 1988.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Ag 1.216.590-PR**. Relator Min. Benedito Gonçalves. DJe 12.11.2009

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **RE 409203-RS**. Relator Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, DJe de 06.03.2006.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **AI 852237-RS**. Relator Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe de 08.12.2012.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **RE 130.764-1-PR**. Relator Min. Moreira Alves, Primeira Turma, DJe de 07.08.1992.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 4ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa da Responsabilidade Civil**. 9ª Ed. São Paulo: Atlas, 2010.

DALLARI, Adílson Abreu. Conceito de Serviço Público. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, v. 15, 1996, p. 112-118.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FERRAZ, Edmundo Machado. Complicação ou Erro médico?. **Revista do Colégio Brasileiro de Cirurgiões**. Rio de Janeiro, v. 33, n. 4, ago 2006, p. 205-206.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de Direito do Consumidor**. 7ª ed. São Paulo: atlas, 2004.

FOLHA DE S. PAULO. **Até 73% dos erros cometidos em hospitais no país são evitáveis.** Disponível em:

<<http://www1.folha.uol.com.br/eqilibrioesaude/2013/07/1317875-ate-73-dos-erros-cometidos-em-hospitais-no-pais-sao-evitaveis.shtml>>. Acesso em: 01 de outubro de 2013.

FREITAS, Juarez. **Estudos de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1995.

G1. **Família acusa médico de erro na morte de dona de casa em hospital público.** Disponível em: <<http://g1.globo.com/Noticias/Rio/0,,MUL1033018-5606,00-FAMILIA+ACUSA+MEDICO+DE+ERRO+NA+MORTE+DE+DONA+DE+CASA+EM+HOSPITAL+PUBLICO.html>>. Acesso em: 01 de novembro de 2013.

GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. Responsabilidade Civil do Estado, Faute du Service e o Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa. *In*: BENACCHIO, Marcelo; GUERRA, Alexandre Dartanham de Mello; PIRES, Luis Manoel Fonseca. **Responsabilidade Civil do Estado: Desafios Contemporâneos**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2010.

GABARDO, Emerson. **Princípio Constitucional da Eficiência administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002.

GAZETA DO POVO. **UFPR é condenada por gaze esquecida dentro do coração de paciente.** Disponível em:

<http://www.gazetadopovo.com.br/vidaecidadania/conteudo.phtml?id=881811&tit=UFPR-e-condenada-po-r-gaze-esquecida-dentro-do-coracao-de-paciente>>. Acesso em: 01 de outubro de 2013.

GIOSTRI, Hildegard Taggesell. **Erro Médico à Luz da Jurisprudência Comentada**. 2ª. ed. Curitiba: Jurua, 2004.

GIOSTRI, Hildegard Taggesell. A Responsabilidade Médico-Hospitalar e o Código de Defesa do Consumidor. *In*: Aldaci do Carmo Capaverd. (org.). **Repensando o Direito do Consumidor - 15 anos do CDC**. v. 1. Curitiba: OAB/PR, 2005. p. 144-169.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Teoria do Serviço Público e a sua Regulação. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

KFOURI NETO, Miguel. **Culpa Médica e o Ônus da Prova: presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado : responsabilidade civil em pediatria, responsabilidade civil em gineco-obstetrícia**. São Paulo: R. dos Tribunais, 2002.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

LIMA, Cláudia Marques. A Responsabilidade dos Médicos e do Hospital por Falha no Dever de Informar ao Consumidor. **Revista dos tribunais**, São Paulo, v. 93, n. 827, set. 2004, p. 11-48.

MÂNICA, Fernando Borges. Saúde: um direito fundamental social individual. **Revista Brasileira de Direito da Saúde**. v. 1, jul./dez, 2011. p. 30-31.

MARCELLINO JUNIOR, Julio Cesar. **Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa: (Des)encontros entre Economia e Direito**. Florianópolis: Habitus, 2009.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Responsabilidade Civil do Estado, Nexos Causais e imputação Objetiva. *In* FREITAS, Juarez (org.). **Responsabilidade Civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Serviço Público: Conceito e Características**. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/6/2544/5.pdf>>. Acesso em: 20 de setembro de 2013.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios Gerais do Direito Administrativo**. v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1969.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Problemas de Responsabilidade Civil do Estado. *In*: FREITAS, Juarez (org.). Responsabilidade **Civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2006.

NOVAIS, Elaine Cardoso de Mattos. Serviço Público: Conceito de Delimitação na Ordem Constitucional. *In*: **Estudos de Direito Administrativo em Homenagem ao Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello**. São Paulo: Max Limonad, 1996.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. O Direito de Regresso do Estado Decorrente do Reconhecimento de Responsabilidade Civil Extracontratual no exercício da Função administrativa. *In*: BENACCHIO, Marcelo; GUERRA, Alexandre Dartanham de Mello; PIRES, Luis Manoel Fonseca. **Responsabilidade Civil do Estado: Desafios Contemporâneos**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2010.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PEREIRA, Cesar A. Guimarães. **Usuários de Serviço Público**. São Paulo: Saraiva, 2006.

PIVETTA, Saulo Lindorfer. **Direito Fundamental à Saúde: Regime jurídico-constitucional, políticas públicas e controle judicial**. 2013. 270 p. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Paraná, Curitiba.

R7. **Após ser atropelada, mulher de 27 anos morre à espera de vaga em hospital no Rio.** Disponível em: <<http://noticias.r7.com/rio-de-janeiro/noticias/jovem-morre-esperando-vaga-em-hospital-no-rio-20110707.html>>. Acesso em 03 de novembro de 2013.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **AC 1459 PR 2004.70.09.001459-1.** Relator Des. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, Terceira Turma, DJe de 08.07.2008

SANTOS, Rodrigo Valgas dos. Nexo Causal e Excludente da Responsabilidade Extracontratual do Estado. *In*: FREITAS, Juarez (org.). **Responsabilidade Civil do Estado.** São Paulo: Malheiros, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas Considerações em Torno do Conteúdo, Eficácia e Efetividade do Direito à Saúde na Constituição de 1988. **Revista Interesse Público**, n.12, p. 91/107. Out./dez. 2001.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Regime do Serviço Público: Garantia fundamental do cidadão e proibição do retrocesso social.** 2009. 214 p. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal do Paraná, Curitiba.

SEBASTIÃO, Jurandir. Responsabilidade Civil Médico-Hospitalar e o Ônus da Prova. *In*: LEITE, Eduardo de Oliveira (coord.). **Grandes Temas da Atualidade: Responsabilidade Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às Agências Reguladoras. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Direito Administrativo Econômico.** São Paulo: Malheiros, 2000

TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a Causalidade. **Revista Jurídica**, n. 296, porto Alegre, ano 50, jun. 2002, p. 7-18.

ZANCANER, Weida. Responsabilidade do Estado. Serviços Públicos e os Direitos dos Usuários. *In*: FREITAS, Juarez (org.). **Responsabilidade Civil do Estado.** São Paulo: Malheiros, 2006.

ZOCKUN, Carolina Zancaner. Da Responsabilidade do Estado na Omissão da Fiscalização Ambiental. *In*: FREITAS, Juarez (org.). **Responsabilidade Civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2006.

ZULIANI, Ênio Santarelli. Inversão do Ônus da Prova na Ação de Responsabilidade Civil em Erro Médico. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 92, n. 811, maio 2003, p. 43-66.